Die

Gesetzgebung des Deutschen Reiches

mit Erläuterungen.

In Verbindung mit

Prof. Dr. Endemann, Prof. Dr. v. Holtzendorff, Ministerialrath Dr. Otto Freiherrn von Völderndorff

und Anderen

herausgegeben von

der Verlagsbuchhandlung.

Erster Theil.

Bürgerliches Recht.

Band V Heft 1,

enthaltend:

Anschütz und v. Völderndorff, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche mit Ausschluß des Seerechts. **Zweite, umgearbeitete Auflage** von Dr. Phil. Allfeld, Rath am k. Landgerichte München I.

(Art. 1–27.)

Erlangen.

Verlag von Palm & Enke.

(Carl Enke.)

1894.

Die

Gesetzgebung
des Deutschen Reiches
mit Erläuterungen.

In Verbindung mit

Prof. Dr. Endemann, Prof. Dr. v. Holtzendorff, Ministerialrath Dr. Otto Freiherrn von Völderndorff

und Anderen

herausgegeben

von

der Verlagsbuchhandlung.

Erster Theil.

Bürgerliches Recht.

Band V Heft 1,

enthaltend:

Anschütz und v. Völderndorff, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche mit Ausschluß des Seerechts. Zweite, umgearbeitete Auflage von Dr. Phil. Allfeld, Rath am k. Landgerichte München I.

(Art. 1–27.)

Erlangen.
Verlag von Palm & Enke.
(Carl Enke.)
1894.

Ankündigung.

Die in Erscheinen befindliche **Zweite Auflage** des **Anschütz** und **v. Völderndorff'schen Kommentars zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche** mit Ausschluß des Seerechts von Dr. Phil. Allfeld, Rath am k. Landgerichte München I. ist einer vollständigen Umarbeitung unterzogen und sind darin die neuesten Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts sowie des Reichsgerichts berücksichtigt worden.

Muß auch die Literatur über dieses wichtige Gesetz eine reichhaltige genannt werden, so wird trotzdem dieser bewährte Kommentar seinen Platz behaupten und in allen Interessentenkreisen freudige Aufnahme finden.

Der Preis des ganzen Werkes wird sich auf circa 20 Mark belaufen und kann ein rasches Erscheinen desselben zugesichert werden.

Bestellungen nimmt jede Buchhandlung entgegen.

Erlangen.

Palm & Enke.

Literatur[1]).

A. Aeltere.

1) G. F. v. Martens, Grundriß des Handelsrechtes, insbesondere des Wechsel- und Seerechtes. Göttingen 1797. 3. Auflage 1820. (Dasselbe Werk erschien mit einem Kommentar von Morstadt. Heidelberg 1849.)
2) Dr. A. Heise, Handelsrecht, Vorlesungen 1814—1818. Frankfurt 1858.
3) J. H. Bender, Grundsätze des deutschen Handlungsrechtes. Bd. I (Darmstadt 1824): das engere Handelsrecht[2]).
4) Dr. Meno Pöhls, Darstellung des gemeinen deutschen und Hamburger Handelsrechtes. Bd. I (Hamburg 1828). Allgemeiner Theil[3]).
5) C. H. L. Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechtes, fortgesetzt von W. Endemann. Heidelberg 1853—1860[4]).

B. Neuere.

I. Historische[5]).

6) Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preußischen Staaten nebst Motiven, Berlin 1857[6]).

---

1) Es ist hier nur diejenige handelsrechtliche Literatur aufgeführt, welche im Kommentar benützt und citirt ist, und welche zugleich als unentbehrlicher Inhalt jeder handelsgerichtlichen Bibliothek erscheint. Eine umfassende Darstellung findet sich in Goldschmidt's Handbuch, von § 3 anfangend.

2) Bd. II (1828) enthält das Wechselrecht. Bd. III ist nicht erschienen.

3) Bd. II in 2 Theilen (1829) Wechselrecht. Bd. III in 4 Theilen (1830—1833) Seerecht. Bd. IV in 2 Theilen (1834) Assekuranzrecht.

4) Alle diese Werke sind im nachfolgenden Kommentar citirt mit dem Namen und der Ziffer der Seite oder des Paragraphen.

5) Wichtig für die Entstehungsgeschichte und für die Auslegung des HGB. sind auch die Kritiken der Entwürfe erster und zweiter Lesung, insbesondere von Goldschmidt in der Kritischen Zeitschrift für Rechtsw. Bd. IV Heft 2 und 4, und in dessen Zeitschrift f. Handelsr. Bd. III Beilagenheft, Dietzel im Archiv für W.= und HR. Bd. VII, Endemann (Erlangen 1858), Schlieman (Schwerin 1858), Anschütz in der Münchener Krit. Ueberschau Bd. VI und in der Kritischen Vierteljahrschrift Bd. I und II.

6) Citirt als Pr.=E. und Motive.

7) Entwurf des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches nach der Fassung der Redaktionskommission[7]).
(Beilagenband der Protokolle S. 141—206.)
8) Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches nach den Beschlüssen der zweiten Lesung[8]).
(Beilagenband der Protokolle S. 207—276)[9]).
9) Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches im Auftrage dieser Kommission herausgegeben von J. Lutz, erstem Sekretär der Kommission, Würzburg 1858[10]).

II. Systematische[11]).

10) J. M. A. Gad, Handbuch des allgemeinen deutschen Handelsrechtes. Erster Theil. Engeres Handelsrecht. Berlin 1863.
11) Dr. W. Auerbach, das neue Handelsgesetz, systematisch dargestellt. Erste Abtheilung. Frankfurt a. M. 1863. Zweite Abth. 1865 (unvollendet).
12) Dr. O. Wächter, das Handelsrecht nach dem a. d. HGB. und den Einführungsgesetzen für den Gebrauch des Handelsstandes dargestellt. Leipzig 1862. Zweiter Theil 1866.
13) Dr. L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes. 2. Aufl. Bd. I 1874, Bd. II 1883 (unvollendet). 3. Aufl. Bd. I Abth. 1. 1891.
14) Dr. W. Endemann, das deutsche Handelsrecht, systematisch dargestellt. 4. Aufl. 1887[12]).
15) Dr. Heinrich Thöl, das Handelsrecht Bd. I 6. Aufl. 1879; Bd. II 4. Aufl. 1878; Bd. III 1880.
16) Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechtes, herausgegeben von Dr. W. Endemann. 4 Bände. 1881—85[13]).
17) Dr. J. Fr. Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. I. Bd. 1886—92.
18) Konrad Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 2. Auflage 1893.
19) Dr. Karl Gareis, das deutsche Handelsrecht. Ein kurzgefaßtes Lehrbuch. 4. Aufl. 1892.

III. Kommentare[14]).

20) Das A. D. HGB. mit Erläuterungen nach den Materialien und Benützung sämmtlicher Vorarbeiten. Berlin 1862.

---

7) Citirt als I. E.
8) Citirt als II. E.
9) Die Erinnerungen der Regierungen gegen den Entwurf zweiter Lesung sind zusammengestellt und in den Beilagen abgedruckt.
10) Citirt als Prot.
11) Syst. Darstellungen des Handelsrechts finden sich auch in Beseler, deutsches Privatrecht 4. Aufl. 1885; Dernburg, preuß. Priv.R. 3 Bände 4. Aufl. 1884—89.
12) Citirt als: Endemann Syst.
13) Citirt als: Endemann Hdb.
14) Die nur das Aktienrecht behandelnden Kommentare werden später aufgeführt.

21) J. Maaßen, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch nebst den Einführungsgesetzen für Preußen und Bayern erläutert. Köln 1862.

22) R. v. Krätwel, das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch (außer dem fünften Buche vom Seehandel) und das Preußische Einführungsgesetz nebst den wesentlichen Stellen der Vorarbeiten zu beiden Gesetzen und erläuternden Anmerkungen. Halle 1862.

23) Dr. C. F. Koch, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch mit Kommentar und Anmerkungen. Berlin. 2. Auflage 1868; Nachtrag 1872.

24) Hugo Keyßner, Allgem. deutsches Handelsgesetzbuch nebst ergänzenden Gesetzen.

25) Derselbe, Allg. d. HGB. nach Rechtsprechung und Wissenschaft erläutert. 1878 (Buch 1—4).

26) Dr. Friedrich von Hahn, Komm. z. Allg. d. HGB. I. Bd. 3. Aufl. 1879. II. Bd. 2. Aufl. 1883.

27) H. Makower, das Allg. d. HGB. Mit Kommentar herausgegeben. 11. Auflage. 1893.

28) Willenbücher, das Allg. d. HGB. mit Ausschluß des Seerechts. Für die Praxis erläutert. 1891.

29) Dr. Karl Gareis und Otto Fuchsberger, das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch 1891.

30) Dr. Hermann Staub, Kommentar zum allgem. d. Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht) 1893. 2. Aufl. 1894 (im Erscheinen begriffen).

31) Dr. Ernst Sigmund Puchelt, Komm. z. allgem. d. HGB. 4. Aufl 1893, herausgegeben von Förtsch.

C. Sammlungen und Zeitschriften.

32) Zeitschrift für Handelsrecht ꝛc. von W. Gelpke. (3 Hefte. Berlin) 1852—1853[15]).

33) Neues (Hamburger) Archiv für Handelsrecht, herausgegeben von Voigt und Heinichen; dann Heinecken und Weber (1858—66[16]).

34) Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, herausgegeben von J. A. W. Seuffert. Seit 1847[17]).

35) Archiv für deutsches Wechsel- und Handelsrecht, herausgegeben von Ed. Siebenhaar und Th. Tauchnitz (1851—70)[18]).

36) Sammlung von Präjudizien der obersten Gerichtshöfe Deutschlands, herausgegeben von Kletke (1857. 1858)[19]).

37) Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, herausgegeben von Dr. L. Goldschmidt[20]) (Seit 1858).

38) Centralorgan für den deutschen Handelsstand, herausgegeben von Dr. Georg Löhr (1862—64). Neue Folge 1865—73[21]).

---

15) Citirt als: Gelpke Zschft.
16) Citirt als: Neues Archiv.
17) Citirt als: Seufferts Archiv.
18) Citirt als: Archiv f. WR.
19) Citirt als: Kletke.
20) Citirt als: Goldschmidts Zeitschrift.
21) Citirt als: Centralorgan.

39) Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechtes, herausgegeben von F. B. Busch[22]) (Seit 1863).
40) Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen seit Einführung des a. d. HGB. in Bayern, herausgegeben von Dr. Otto Frhr. v. Völderndorff 2 Bände. 1865 und 1867.
41) Sammlung wichtiger Entscheidungen des k. bayr. Handelsappellationsgerichts. 3 Bde. (1868—70)[23])
42) Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofs für Bayern in Gegenständen des Handels- und Wechselrechts, sowie von wichtigen Entscheidungen der k. b. Handelsappellgerichte. (Seit 1873)[24])
43) Entscheidungen des Bundes-Oberhandelsgerichts, von Band 3 an unter dem Titel: Entsch. des Reichs-Oberhandelsgerichts, herausgegeben von den Räthen des Gerichtshofes. 25 Bände[25]).
44) Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen[26]).
45) Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen von A. Bolze[27]).
46) Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts, herausgegeben von Reinhold Johow und Oskar Küntzel (von Band 7 an von Johow allein)[28]).

22) Citirt als: Busch Archiv.
23) Citirt als: Handelsappellgerichtl. Entsch.
24) Citirt als: bayr. Samml.
25) Citirt als: ROHG.
26) Citirt als: RG.
27) Citirt als: Bolze.
28) Citirt als: Johow und Küntzel (bzw. Johow).

Allgemeine Bestimmungen.

Artikel 1—3.

Allgemeine Bestimmungen.

Thöl, § 1 ff., 26. Behrend § 15 ff. Goldschmidt § 1 u. 40.

§ 1.

Diejenigen Güter, welche außerhalb einer Person existiren und derselben zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse zustehen, sind deren Vermögen. Nicht in jedem Vermögen sind alle Arten von Gütern, deren der Einzelne bedarf, vorhanden, und es bewirkt daher der Bedarf, daß die eine Person ein ihr gehörendes Gut aus ihrem Vermögen entläßt, um ein anderes, ihr nothwendigeres, in dasselbe einzutauschen. Dieser Austausch der Güter ist das Gebiet der onerosen Rechtsgeschäfte[1]) und der Begriff des Handels im weitesten Sinne, und hienach fällt die rechtliche Regelung der Handelsgeschäfte an und für sich in den Kreis des allgemeinen Vermögensrechtes[2]).

Die gesteigerte Kultur steigert die Bedürfnisse, bald kann nicht mehr der Umtausch zwischen Nachbar und Nachbar genügen und es bildet sich ein Beruf daraus, diesen Umtausch in größeren Kreisen zu vermitteln[3]): eigentlicher Handel. Zweck desselben ist,

die Güter, wie sie der Einzelne bedarf, zu rechter Zeit und am rechten Orte darzubieten[4]).

Selbstverständlich läßt sich derjenige, welcher aus solcher Handelsthätigkeit seinen Beruf macht, diese Thätigkeit vergelten, er handelt in der Absicht, Gewinn zu machen: den Handel bewegt die Spekulation[5]).

---

1) v. Völderndorff, die Form der Rechtsgeschäfte, Nördlingen 1857 S. 47 ff.

2) Vgl. die trefflichen Entwicklungen in Goldschmidt Handbuch § 40.

3) Ueber den Begriff von Handelsverkehr im engeren Sinne findet sich ein interessanter Ausspruch des Berliner Obertribunals in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 8 S. 609.

4) Endemann Hdb. I § 1 bezeichnet als Handel im volkswirthschaftlichen Sinne den Umsatz von Gütern, welcher zwischen der Produktion und Konsumtion vermittelt; Heise § 2 definirt Handel als „Umsatz von Waaren in unveränderter Form betrieben als Gewerbe", wie auch Thöl I § 26 das Umsetzen ohne Verarbeitung als Kriterium hinzufügt. Das HGB. hat aber offenbar den Handel in weiterem Sinne gefaßt; die bekannte Ausnahme hinsichtlich der Produzenten ändert hieran im Prinzipe Nichts.

5) Die näheren Betrachtungen des Begriffes siehe bei Endemann a. a. O. und über die Unterabtheilungen des Handels hat Thöl I § 37 erschöpfende Aufstellungen. Vgl. auch die scharfsinnigen Bemerkungen von Koch in Busch Archiv 1 S. 431 ff.

Jede derartige gesonderte Thätigkeit schafft bei feinerer Ausbildung eigene Institute und Verhältnisse, so auch der Handel; für diese bilden sich gewisse Rechtsregeln und juristische Grundsätze, deren Gesammtheit man als Handelsrecht bezeichnen kann[6]).

§ 2.

Das Handelsrecht in unserem Sinne ist ein Erzeugniß des Mittelalters[7]). Zu jener Zeit, als sich die einzelnen Stände in strenger Absonderung von einander gliederten und jeder Stand in sich und für sich seine eigenen Normen, Rechte und Gewohnheiten schuf, entstand auch im Stande der Handeltreibenden eine eigene rechtliche Uebung für die von ihren Angehörigen vorgenommenen Geschäfte, welche sich von dem sonst allgemeinen Rechte immer mehr trennte.

Für den Kauf oder Verkauf von Seiten eines Handelsmannes bildeten sich andere rechtliche Bestimmungen, als beim Kaufe und Verkaufe im gewöhnlichen Leben Regel waren; die Vollmachten zum Handelsbetriebe unterlagen nicht denselben Rechtsnormen, wie das gewöhnliche Mandat, und selbst Manches, was im allgemeinen Rechtsverkehre verboten war, wurde dem Kaufmanne im Handelsgeschäfte gestattet.

Das Handelsrecht war daher das Recht der Handeltreibenden, ein Standesrecht, das für eine gewisse Klasse von Leuten geltende Recht, wie das Adelsrecht, das Bauernrecht, das Handwerkerrecht.

Auf diesem Standpunkte befand sich noch der Preußische Entwurf eines Handelsgesetzbuches; er faßte das Handelsrecht als Gewerberecht auf und stellte daher das Handelsgewerbe und die gewerblichen Handelsgeschäfte in den Vordergrund. Das Handelsgesetzbuch aber hat den nach dem Geiste unserer Entwickelung nothwendigen Fortschritt gemacht[8]), die Schranken der nach den Personen bemessenen Rechtsnormen fallen zu lassen und für einen gewissen Kreis des Rechtsverkehres Regeln aufzustellen.

Das Handelsrecht ist gegenwärtig ein materielles oder sachliches Sonderrecht.

Daß auch diese Gestaltung noch eine Anomalie, das deutsche Handelsgesetzbuch nur eine Station auf dem Wege der Rechtsentwickelung sei, ist nicht zu bezweifeln.

Zwar wird die Verschiedenheit zwischen Mobiliarverkehr und Immobiliarverkehr nie völlig verschwinden, aber innerhalb des Mobiliarverkehres wird das Nebeneinanderbestehen zweier verschiedener Systeme des Obligationenrechtes auf die Dauer unhaltbar sein. Hoffen wir, daß dereinst das Handelsrecht wieder in dem allgemeinen Verkehrsrechte aufgehen werde[9]).

---

6) Vgl. Behrend § 5: „Das Handelsrecht ist der Inbegriff der dem Handel eigenthümlichen Rechtssätze". Vgl. auch Endemann Hdb. I § 3.

7) Vgl. Endemann in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 5 S. 333—414.

8) Vgl. Anschütz in der Münchener Kritischen Vierteljahrschrift Bd. 1 S. 9—12.

9) Einen großen Schritt auf dieser Bahn hat das Hamburger Gesetz über Einführung des Handelsgesetzbuches gethan, indem § 30 desselben die Artikel 278—336 des a. d. HG., mit bestimmten Ausnahmen, zum allgemeinen Verkehrsrechte erhoben hat. Vgl. hierüber Martin in Busch Archiv Bd. 7 S. XVII.

Art. 1.

In Handelssachen kommen, insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung.

Pr. E. Art. 1. I. E. Art. 1. II. E. Art. 1. Prot. S. 10 ff., 884 ff., 4507, 5058 ff.

1) Das „allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch" war längere Zeit nicht in formeller Weise gemeines deutsches Recht; denn nachdem dasselbe in den deutschen Staaten nur dadurch galt, daß es von den partikularen gesetzgebenden Gewalten promulgirt wurde, stellte es sich als Partikularrecht dar. Wohl aber mußte das Gesetzbuch als der Ausdruck des gemeinsamen deutschen Rechtsbewußtseins erachtet und in diesem Sinne als allgemeines deutsches Recht erklärt werden.

Dieser Rechtszustand hat jedoch eine wesentliche Aenderung erfahren: durch das Gesetz v. 5. Juni 1869 wurde das HGB. (sowie die Wechselordnung) zum Bundesgesetze erklärt; nunmehr gilt es als Reichsgesetz, mithin als absolutes gemeines Recht, das durch die Landesgesetzgebung nicht abgeändert werden kann und dem alles widerstreitende Landesrecht weichen muß [1]).

Durch den Eingang des Art. 1 wird das Gesetzbuch als oberste handelsrechtliche Norm aufgestellt:

soweit die Bestimmungen des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches reichen, können andere Rechtsnormen in Handelssachen [2]) nicht zur Geltung kommen.

Aus diesem obersten Grundsatze für die Anwendung des Gesetzbuches ergeben sich nachstehende Folgesätze:

a) Alle mit den Vorschriften des Handelsgesetzbuches im Widerspruche stehenden Bestimmungen des Partikularrechtes — sei es des bisherigen oder des erst nach dem Erscheinen des Handelsgesetzbuches geschaffenen — können in Handelssachen nicht angewendet werden [3]).

b) Auch soweit in einer Handelssache die Entscheidung durch das Gesetzbuch

---

1) Das Ges. v. 5. VI. 69 trat im Gebiete des nordd. Bundes vom 1. Januar 1870 an, in Württemberg, Baden und Südhessen v. 1. Januar 1871 an, in Bayern v. 13. Mai 1871 an und in Elsaß-Lothringen v. 1. Oktober 1872 an in Geltung; vgl. Reichsverfassung Art. 2 u. 4 Nr. 2, 13; Goldschmidt §§ 18 ff., 33.

2) Der Begriff der „Handelssache" wird sehr verschieden definirt. Wenn das ROHG. (Bd. 11 S. 150) unter Handelssachen i. w. S. „diejenigen Rechtsverhältnisse" versteht, „welche nach den Grundsätzen des Handelsrechts zu beurtheilen sind und in Streitfällen der Regel nach der Kompetenz der Handelsgerichte unterliegen", so ist damit für die Auslegung des Art. 1 HGB. Nichts gewonnen (vgl. Gareis-Fuchsberger Komm. N. 4). „Handelssache" ist jedenfalls nicht gleichbedeutend mit „Handelsgeschäft" (Art. 271 ff.); jener Begriff ist weiter als dieser. Nach Goldschmidt (HB. § 43a) bezeichnet der Ausdruck „Handelssache" jeden dem Handel — dessen Geschäften, Subjekten oder Objekten — angehörigen Thatbestand, jedes Handelsverhältniß. S. auch Staub Komm. § 1 zu Art. 1; Endemann Hdb. I § 18. — Ueber Handelssachen im prozessualen Sinne s. Gerichtsverfassungsgesetz f. d. Deutsche Reich § 101.

3) Vgl. Goldschmidts Zeitschrift Bd. 34 S. 559; ROHG. Bd. 5 S. 13: Auch das Recht zur authentischen Interpretation ist für die Einzelstaaten beseitigt.

nicht unmittelbar ausgesprochen ist, sondern nur mittelbar sich ergibt, ist allein das Handelsgesetzbuch maßgebend [4]).

c) Ebenso ist Alles, was an Rechtssätzen aus den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches wissenschaftlich entwickelt und gefolgert werden kann, als Inhalt des Gesetzbuches zu erachten, und soweit auf diesem Wege eine handelsrechtliche Entscheidung erzielt zu werden vermag, kann daher das bisherige gesetzliche Recht nicht weiter in Betracht kommen [5]).

2) Das Recht des Handelsgesetzbuches erscheint nicht als ein Ausnahmerecht, als jus singulare; vielmehr enthält dasselbe für den ganzen Kreis der ihm unterworfenen Rechtsverhältnisse das jus commune, diejenigen Normen, welche das reine und regelmäßige Recht bilden [6]). Es wäre deshalb ganz unrichtig, wenn man bei Auslegung der Sätze des Handelsgesetzbuches die Grundsätze restriktiver oder auch nur sog. strikter Interpretation anwenden wollte [7]). Vielmehr bedingt die Fassung des Gesetzbuches und der Umstand, daß sich dasselbe auf die Feststellung allgemeiner Prinzipien beschränkt und eine in das Einzelne gehende Kasuistik vermieden hat, ganz vorzüglich die Anwendung jener rechtsentwickelnden Interpretation, welche den dem Gesetze innewohnenden Gedanken rekonstruirend [8]) und den juristischen Willen des Gesetzgebers in seinem wirklichen vollen Gehalte ergründend [9]) die gegebene Rechtsregel in das Leben überführt und dadurch auch für solche Verhältnisse eine Norm findet und auffindet, welche durch das Wort des Gesetzes nicht getroffen erscheinen.

Daß hiedurch nicht richterlicher Willkür, auch nicht der Herrschaft einer blinden Billigkeitsjurisprudenz die Bahn geöffnet werden darf, versteht sich von selbst; auch darf nicht, um etwa subjektive Rechtsanschauungen zur Geltung zu bringen oder selbst um nützlich erscheinende Zwecke zu erreichen [10]), dem Gesetze Gewalt angethan werden, wie denn der Richter nie vergessen soll, daß er vor Allem berufen ist, nach dem gegebenen Rechte richtig und unparteiisch zu richten.

3) Die Handelsgebräuche.

Das Handelsrecht ist ein unmittelbares Erzeugniß des praktischen Verkehres; seine Grundlage bilden Gewohnheit und Gebrauch. Wie der Verkehr, so ist auch das Handelsrecht in steter Fortentwickelung begriffen. Bei der Abfassung eines Handelsgesetzbuches ist es nicht möglich, alle in Uebung befindlichen Normen zu erforschen und zu fixiren; es darf aber auch durch eine Kodifikation jene Fortentwickelung des Handelsrechtes nicht gehemmt werden.

---

4) Dies scheint auch Thöl § 22 anzunehmen, wenn er sagt: „die Rechtssätze des a. d. HGB. sind oft versteckt vorhanden, aber sie sind vorhanden."

5) Vgl. über die Auslegung des HGB. Goldschmidt § 34, S. 312 ff.; Behrend § 17. S. auch unten Ziff. 4.

6) Savigny Bd. I S. 61; Puchta Institutionen I § 31; Windscheid § 29; Dernburg Pand. § 33.

7) Die Unanwendbarkeit ergibt sich schon aus der Motivirung der bekannten L. 14 D. de legibus (1, 3).

8) Savigny Bd. I S. 213.

9) Kierulff Theorie § 4.

10) Vgl. die scharfe Bemerkung des Kölner Appellhofes gegen diese Bestrebungen in dem klassischen Erkenntnisse vom 29. Dezember 1864 über den Begriff des „Kaufmannes" (in Busch Archiv Bd. 5 S. 244.)

Hiemit ist die Nothwendigkeit gegeben, die Gültigkeit des Gewohnheitsrechtes als Ergänzung des geschriebenen Handelsrechtes anzuerkennen. In diesem Sinne führt das Handelsgesetzbuch die Handelsgebräuche nicht nur im Allgemeinen als Rechtsquelle auf, sondern verweist auch bei den einzelnen Materien[11]), nament- lich bei den Handelsgeschäften, in besonders geeigneten Fällen noch ausdrücklich auf dieselben[12]).

Die Handelsgebräuche kommen aber nach dem obigen Artikel 1 nur dann zur Anwendung, wenn das Handelsgesetzbuch keine Bestimmung enthält. Damit ist die Frage verneint, ob dem Gewohnheitsrechte in Handelssachen derogatorische Kraft dem Gesetze gegenüber zukomme.

Daß Art. 1 diese Absicht wirklich hatte, ergibt sich aus den Berathungen. In der ersten Sitzung wurde konstatirt: „auf die Anregung, ob deutlich genug be- stimmt sei, daß das Handelsgesetzbuch jedenfalls vor den Handelsgebräuchen gelten und durch dieselben nicht abgeändert werden solle, erkannte die Konferenz ein- stimmig an, daß dies mit dem Gesetze allerdings beabsichtigt werde, hielt aber da- für, daß diese Absicht deutlich genug im Entwurfe ausgedrückt sei“[13]).

Bei der zweiten Lesung wollten zwar, nachdem vorgeschlagen worden, aus- drücklich zu sagen, daß dem Handelsgebrauche „im Interesse eines einheitlichen Rechtes keine derogatorische Kraft zukomme“, einige Stimmen es gerathener finden: „diese allgemein rechtliche Streitfrage im Handelsgesetzbuche gar nicht zu berühren;“ allein von der Mehrheit wurde hervorgehoben: „der Entwurf müsse mit Rück- sicht auf die früheren Verhandlungen auch bei der jetzigen Fassung im Sinne des Antrages verstanden werden“[14]).

Demgemäß hat das Gewohnheitsrecht dem Handelsgesetzbuche gegenüber nur subsidiäre Geltung; weder absolute noch dispositive Sätze desselben können durch Gewohnheit abgeändert werden; weder allgemeine, noch partikulare Usancen dürfen den Sätzen des Gesetzbuches gegenüber Beachtung finden; weder bestehende noch künftige Uebung hat die Kraft, die gesetzlichen Normen zu modifiziren.

Das Gesetzbuch bedient sich des Ausdruckes: Handelsgebräuche.

---

11) Solche Verweisungen geben die Artikel 57, 61, 70, 80, 82, 83, 285, 290, 326, 327, 334, 339, 342, 346, 349, 351, 352, 369, 370, 371, 394. Auf den Handelsgebrauch insbesondere verweisen die Art. 326, 327, 334, 342, 349, 352, 364, 370. In letzteren drei Stellen wird vom „Handelsgebrauche“ am Orte des Vertragsabschlusses oder der Erfüllung gesprochen.

12) Motive zum preußischen Entwurfe S. 3.

13) Prot. S. 13.

14) Prot. S. 884 ff. Vgl. auch Goldschmidt S. 361 N. 17; RG. Bd. 23 S. 100; Bolze Bd. 8 Nr. 2; ROHG. Bd. 6 S. 370, Bd. 11 S. 243 (Jedem Handels- gebrauch, dem eine — wenn auch nur dispositive — Bestimmung des HGB. entgegensteht, ist die Geltung versagt). A. M., wenigstens für die dispositiven Bestimmungen des HGB., Dietzel, Archiv für Wechselrecht Bd. 7 S. 250 ff.; a. M. bezügl. künftig entstehender Handelsgebräuche Thöl, S. 86; Gareis- Fuchsberger N. 16 zu Art. 1. — Es ist aber wohl zu beachten, daß Art. 1 dem Handelsgewohnheitsrechte nicht bloß für die Materien, worüber das HGB. keine Bestimmungen enthält, sondern allgemein für alle handelsrechtlichen Fragen Gesetzeskraft zugesteht, die in dem Gesetzbuch durch eine bestimmte Vor- schrift nicht entschieden sind. ROHG. Bd. 11 S. 408.

Diese Bezeichnung — der Entwurf enthielt die Fassung „anerkannte Handelsgebräuche“[15]) — fand bei den Berathungen vielfache Bekämpfung.

Die eine Ansicht — konstatiren die Protokolle — ging davon aus, es sei beabsichtigt, dem Gewohnheitsrechte, wie es sich bezüglich der Handelssachen bilden würde, eine das Handelsgesetzbuch ergänzende Wirksamkeit vor dem allgemeinen Civilrechte jedes Landes zu sichern; die Bedingungen für die Entstehung und die Grundsätze über die Wirksamkeit eines solchen Gewohnheitsrechtes würden ganz der Entscheidung der Partikularrechte anheim fallen; es müsse daher gesetzt werden „Handelsgewohnheitsrecht“, weil der Ausdruck „Handelsgebräuche“ nicht blos Gewohnheitsrechtssätze umfasse, sondern auch jene blos faktischen durch Sitte oder durch stillschweigende Uebereinkunft entstehenden Beliebungen, welche der Richter als die thatsächliche Grundlage der Rechtsgeschäfte zwar auch anerkennen müsse, welche aber nicht als Rechtsquelle aufgeführt werden könnten.

Es wurde aber der Antrag, statt Handelsgebräuche zu setzen: Handelsgewohnheitsrecht, mit 9 gegen 5 Stimmen verworfen.

Die andere Ansicht war darüber einig, daß es nöthig und vom Entwurfe mit Recht beabsichtigt sei, die Schranken wegzuschaffen, welche den Handelsgewohnheiten bisher entgegenständen, den Gewohnheiten, die als die wesentlichsten Quellen des Handelsrechtes anerkannt seien, die sich oft sehr schnell bildeten und denen doch überall Geltung beigemessen werde; es dürfe daher nicht etwa blos dem Handelsgewohnheitsrechte, dessen Voraussetzungen nach dem an den einzelnen Orten über die Entstehung des Gewohnheitsrechtes geltenden Civilrechte zu beurtheilen wären, sondern es müsse auch denjenigen gleichmäßigen Uebungen eine entscheidende Kraft beigelegt werden, welche — wenn sie auch eines solchen spezifisch juristischen Charakters entbehrten — doch eine entsprechende Zeit lang immer in gleicher Weise vom Handelsstande beobachtet und mit einer faktischen Geltung versehen worden seien.

Hiebei meinten einige Vertreter dieser Ansicht, „daß bei diesen blos thatsächlichen allgemeineren Uebungen die Sache nicht allzuleicht genommen und jedenfalls von dem Erfordernisse der Vernunftgemäßheit und Nachweisbarkeit nicht abgesehen werden könne,“ allein der Antrag, in diesem Sinne zu sagen „zu Recht beständige oder rechtliche Gewohnheiten“ wurde mit 11 gegen 3 Stimmen verworfen und der Ausdruck „Handelsgebräuche“ in der Meinung für unverfänglich erachtet, „daß es der Praxis zu überlassen sei, festzustellen, ob in einem einzelnen Falle eine Uebung mit Grund als gültiger Handelsgebrauch betrachtet werden könne oder nicht.“

Die Wissenschaft[16]) hat das Ergebniß dieser Debatten nicht für ein klares erachtet und eine lebhafte Kontroverse über die Bedeutung des Ausdruckes „Handelsgebrauch“ entsponnen[17]).

---

15) Gegen dieses „anerkannt“ wurde bemerkt: „es sei nicht zu ersehen, worin die erforderliche Anerkennung liegen solle, ob in einem Gesetze, einer Verordnung, in richterlichen Erkenntnissen oder sonstwo.“ (Prot. S. 10.)

16) Im Allgemeinen über die Bildung von Handelsgebräuchen s. Centralorgan 1864 S. 73.

17) Der einen Ansicht gemäß, welche sich auf die Motive der früheren preußischen Entwürfe stützt, faßt man die Bezeichnung „Handelsgebrauch“ als gleich-

Entwickeln wir die Grundlage der gesetzlichen Bestimmung näher, so ergibt sich Folgendes:

Das Recht eines Volkes überhaupt ist ein Produkt seines Geistes und gesammten Lebens und entsteht nicht nur mittelbar durch die verfassungsmäßigen Organe des rechtlichen Gesammtwillens oder aus innerer Nothwendigkeit in wissenschaftlicher Auffassung, sondern auch unmittelbar aus dem Volksgeiste in Form der Sitte und Gewohnheit. Gewohnheitsrecht ist demnach das in dem Bewußtsein eines Volkes entstandene, in seiner Sitte, Uebung, Gewohnheit erscheinende Recht. Es gibt aber außer dieser im Volksbewußtsein wurzelnden Grundlage des positiven Rechtes auch noch manche in's Einzelne gehende Bestimmungen, die an sich ein wenig sicheres Dasein haben, die aber solches erlangen können dadurch, daß sie durch öftere Uebung dem Volke selbst zu bestimmterem Bewußtsein gebracht werden.

Die Uebung erscheint daher allerdings als materieller Faktor für Entstehung des Rechtes [18]), aber sie ist nicht die Erzeugerin desselben. Die Gewöhnung bildet keine Rechtsquelle. Die Gewohnheit ist ein wiederholtes gleichmäßiges Verhalten; das Bewußtsein von dem, was nach Gewohnheit geschieht, kann hinterher folgen, nicht aber vorausgehen; denn ist das Thun bewußte Wahl, dann hört es auf, bloße Gewohnheit zu sein [19]).

---

bedeutend mit „Handelsgewohnheitsrecht" auf und legt der Nichtannahme dieses Ausdruckes lediglich die Bedeutung bei, „daß man die beengenden Voraussetzungen, unter denen nach den verschiedenen in Deutschland bestehenden Civilrechtssystemen das Gewohnheitsrecht steht, beseitigen wollte." Hienach soll unter dem gewählten Ausdrucke „Handelsgebrauch" verstanden werden: dasjenige, was nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes als Gewohnheitsrecht in Handelssachen anzusehen sei: Goldschmidt § 36; Laband in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 17 S. 466 ff.; v. Hahn § 11, 12 zu Art. 1; Endemann, Syst. § 6; Behrend § 18 u. A. Dabei wird jedoch selbstverständlich als „gemeines Recht" nicht das eigentliche Pandektenrecht mit seinen vielbestrittenen Erfordernissen des Gewohnheitsrechtes, sondern die „freie wissenschaftliche Theorie" (Goldschmidt S. 359 Ziff. II) verstanden. Dagegen fassen in einer weiteren Bedeutung den Ausdruck auf: Anschütz, krit. Vierteljahrschrift I, S. 7 ff.; Auerbach, Archiv f. WR. Bd. 11 S. 54 und in seinem Handelsgesetze S. 15 ff.; v. Kräwell, Komm. S. 22; v. Gerber, System d. Deutschen Privatrechts § 28 N. 5, und in seinen gesammelten juristischen Abhandlungen 1872 S. 427 ff.; Zoll in Jherings Jahrbüchern Bd. 13 S. 457 ff.; ferner die erste Auflage dieses Kommentars, s. u. — Im Texte ist jetzt die zuerst erwähnte, herrschende Ansicht vertreten. — Uebrigens besteht trotz dieser wissenschaftlichen Divergenz darin Uebereinstimmung, daß das Gewohnheitsrecht keinenfalls in die engen Schranken der bisherigen Theorie gebannt werden dürfe, daß sich nicht durch abstrakte Regeln fixiren, sondern nur konkret ermitteln lasse, was zum Begriffe einer Gewohnheitsrecht schaffenden Uebung gehöre (Endemann), daß hierin dem verständigen Ermessen des Richters der freieste Spielraum gelassen sei (Goldschmidt). Andererseits aber sind die Vertreter der strengen Ansicht nicht gewillt, den blos faktischen Beliebungen, den Usancen (im weiteren Sinne, Goldschmidt) die Wirksamkeit abzusprechen. Vielmehr sollen dieselben, wenn nicht nach Art. 1, doch nach Art. 278 und 279 des a. d. HG. als maßgebend für die Entscheidung der konkreten Fälle anzusehen sein. Endlich wollen auch die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht nicht, daß lediglich die, eine herkömmliche Konvenienz enthaltenden Uebungen als Handelsgewohnheitsrecht, als Handelsgebräuche im Sinne des Art. 1 angesehen werden sollen.

18) Goldschmidt § 35 N. 18.

19) Kierulff; vgl. v. Gerber in der N. 17 cit. Schrift; dagegen Gold-

Die Uebung ist daher auch nicht lediglich die Manifestation eines schon vor derselben bestehenden Rechtssatzes, es gibt kein ungeübtes Gewohnheitsrecht[20]). Wie die Publikation erst einem Gesetze Geltung verschafft, so macht auch erst die Gewohnheit den Rechtssatz zur praktischen Rechtsnorm[21]); die Uebung ist für alles nichtgesetzliche positive Recht die nothwendige Form der äußeren Erscheinung[22]).

Diese Grundsätze auf das Handelsgewohnheitsrecht angewandt ergeben folgende Resultate[23]):

I. Das Handelsgewohnheitsrecht hat seinen Grund in dem Rechtsbewußtsein der Handeltreibenden, es ist vorhanden, wenn ein Satz in der Ueberzeugung dieser Kreise des Volkes als Rechtssatz besteht. Von dieser Ueberzeugung[24]) getrieben, wird im Handelsverkehre in einer gewissen Weise verfahren; wegen dieser Ueberzeugung ist ein gewisses Verfahren das allgemein übliche. Handelsbrauch (kaufmännische oder Handelsgewohnheit, Usance) ist demnach eine Norm, welche im Handelsverkehre deshalb allgemein beobachtet wird, weil die Handeltreibenden gar nicht anders wissen, als daß in einem solchen Falle so und nicht anders zu handeln Rechtens sei.

Daraus ergibt sich:

a) Die Ueberzeugung muß eine Rechtsüberzeugung sein; man muß so handeln, weil man glaubt, nicht anders handeln zu dürfen; man muß sich selbst und den Anderen und den Dritten dazu von Rechtswegen verpflichtet ansehen. Als Gegensatz erscheinen die Fälle, in denen zwar auch ein übereinstimmendes Verfahren der Handelsleute vorkommt, in denen jeder sorgfältige Kaufmann so und nicht wohl anders handeln wird, aber nur deshalb, weil es ihm zweckmäßig, nützlich und Schaden oder Risiko vermeidend scheint; Fälle, in denen ein anderes Verhalten nicht als unrecht, sondern nur als ungeschickt angesehen wird. In solchen Fällen kann man nicht von einem „Handelsbrauche“ sprechen; es besteht eine Gewohnheit, aber kein Gewohnheitsrecht.

b) Die Ueberzeugung muß eine allgemeine sein; es ist nicht erfordert, daß alle einzelnen Kaufleute sich des geübten Rechtssatzes als eines solchen bewußt sind; die Ueberzeugung der Gesammtheit ist nicht nothwendig eine aktuelle Ueberzeugung Aller (Puchta); aber es genügt auch nicht, daß nur Einzelne oder Wenige davon wissen und danach handeln[25]).

---

schmidt in obiger Note, der „eine auf bewußter Zweckmäßigkeitserwägung beruhende Uebung“ anerkennt.

20) ROHG. Bd. 9 S. 23; A. M. Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht, S. 134 N. 3; vgl. auch Stobbe, deutsches Priv.-R. Bd. 1 S. 130 ff.; Dahn, Zeitschr. f. deutsche Gesetzgeb. von Behrend, Bd. 6 S. 567.

21) Vangerow, Pand. Bd. 1 § 14.

22) Goldschmidt § 35 N. 18.

23) Vgl. über diese ganze Materie die vortrefflichen historischen und doktrinellen Ausführungen bei Goldschmidt § 35.

24) Diese Ueberzeugung ist jedoch nicht als eine überlegte, durch Verstandesoperationen hervorgerufene, sondern als eine natürliche, so zu sagen unbewußte, zu denken.

25) Vgl. das Beispiel im Erkenntnisse in Seufferts Archiv Bd. 13 Nr. 1; ROHG. Bd. 7 S. 11, Bd. 17 S. 497; RG. Bd. 14 S. 111, 114: „Das Handelsgewohnheitsrecht hat verbindende Kraft gleich dem Gesetze und kommt also auch dann zur Anwendung, wenn es dem Betheiligten unbekannt ist.“

Es darf aber auch die Allgemeinheit nicht dahin verstanden werden, daß dabei an die territoriale Gesammtheit der unter dem Handelsgesetzbuche Lebenden gedacht wird. Es ist vielmehr in den Protokollen (S. 13) ausdrücklich konstatirt, daß auch denjenigen Gewohnheiten subsidiäre Geltung eingeräumt sein solle, welche nur „örtliche" in einem engeren Sinne, das heißt, von der Art wären, daß sie nur an einem bestimmten Orte sich gebildet haben.

c) Die Ueberzeugung muß eine thatsächlich ausgeübte sein. Der Begriff Uebung enthält schon das Erforderniß des wiederholten Handelns, ein einmaliges Vorkommen ist keine Uebung[26]). Auf die Zahl der Fälle kommt es nicht an, wohl aber auf die Gleichmäßigkeit; wenn die thatsächliche Kombination selten eintritt, genügen wenige gleichartige. Dagegen ist der Begriff eines Gewohnheitsrechtes ausgeschlossen, wenn auch in vielen Fällen in einer gewissen Weise verfahren wurde, dabei aber bei vielen gleichen Fällen in derselben Zeit das entgegengesetzte Verhalten obgewaltet hat.

Unter den im Art. 1 genannten „Handelsgebräuchen" ist nur das **Handelsgewohnheitsrecht** in dem soeben entwickelten Sinne zu verstehen[27]).

II. Neben diesen Handelsgebräuchen — dem Handelsgewohnheitsrechte — bestehen nun aber eine Anzahl von Geschäftsgebräuchen, und diese sind es, welche von den Kaufleuten unter dem Namen „Usancen" eigentlich verstanden werden[28]).

Hier handelt es sich nicht um eine rechtliche Ueberzeugung, nicht um Ausübung eines im Bewußtsein der Handeltreibenden entstandenen Rechtssatzes, sondern um willkürliche Einführung einer für nothwendig oder für zweckmäßig und nützlich gehaltenen Verfahrungsweise[29]).

Der Geschäftsgebrauch ist im HGB. nicht durch Art. 1, sondern durch die Art. 278, 279 zur Anerkennung gelangt. Der „Wille der Kontrahenten" ist bei Beurtheilung und Auslegung der Handelsgeschäfte zu erforschen (Art. 278). Was aber die Kontrahenten bei ihren Handlungen und Unterlassungen gewollt haben, dafür geben in vielen Fällen die im Handelsverkehr geltenden Gewohn-

---

26) Seufferts Archiv Bd. 13 Nr. 205.

27) So die herrschende Ansicht (s. N. 17), welche auch in der Rechtsprechung des ROHG. (s. insbes. Bd. 6 S. 370, Bd. 7 S. 6, Bd. 8 S. 256, Bd. 11 S. 243, Bd. 13 S. 370, Bd. 16 S. 36 2c.) und des RG. (Bd. 23 S. 100) durchgängig anerkannt ist. — In der ersten Auflage sind auch die unter II lit. a der folgenden Darstellung erwähnten Geschäftsgebräuche zu den Handelsgebräuchen des Art. 1 gerechnet.

28) Die Bezeichnung „Usance" wird allerdings mitunter auch angewendet, wo es sich um einen eigentlichen Handelsgebrauch handelt; vgl. Goldschmidt §§ 35 und 36, welcher unter Usance die Handelsgewohnheit im Allgemeinen versteht (s. insbes. Note **) zu § 35) und für die Geschäftsgebräuche (auf welche Laband a. a. O. S. 467 den Ausdruck „Usance" beschränkt) die Bezeichnung „Usancen im weiteren Sinne" anwendet. Statt des Ausdrucks „Geschäftsgebrauch" spricht man auch von Geschäfts- oder Handelssitte, sowie von einem thatsächlichen Gebrauch.

29) Manchmal wird es auch in gewissen Fällen so oder so gehalten, ohne daß man weiß, warum; es ist einmal von jeher so gehalten worden. Goldschmidt bezeichnet drastisch solche Usancen als auf dem „Gesetze der Trägheit" fußend.

heiten und Gebräuche dem Richter Anhaltspunkte, weshalb dieser darauf Rücksicht zu nehmen hat (Art. 279). Die Geschäftsgebräuche kommen also wesentlich für die Erforschung des Vertragswillens der Kontrahenten[30]), als Interpretationsmittel für die Frage, ob eine stillschweigende Willenserklärung und welche vorliegt, in Betracht. Dazu ist aber erforderlich, daß der Wille der Kontrahenten, sich einem Geschäftsgebrauch zu unterwerfen, mit genügender Bestimmtheit hervorgetreten ist, sei es in einer ausdrücklichen Erklärung, in welchem Falle es auf die Kenntniß des Inhaltes des Geschäftsgebrauchs nicht ankommt, sei es darin, daß wenigstens die Anwendung des Geschäftsgebrauchs von den Parteien nicht ausgeschlossen wurde; letzteres genügt jedoch nur dann, wenn den Kontrahenten der einschlägige Geschäftsgebrauch bekannt war[31]). Es ist also der — ausgesprochene oder vermuthbare — Wille der Kontrahenten selbst, was dem bloßen Geschäftsgebrauch, der eigentlichen Usance, verbindende Kraft verleiht. Hierin liegt ein Unterscheidungsmerkmal gegenüber dem Handelsgewohnheitsrechte, welches von weittragender Bedeutung für die Wirksamkeit der Geschäftsgebräuche ist. Während, wie oben hervorgehoben wurde (siehe Seite 11), dem Handelsgewohnheitsrechte nur subsidiäre Geltung gegenüber dem HGB. zukommt, insoweit dieses überhaupt eine wenn auch nur dispositive Bestimmung enthält, mit welchem jenes im Widerspruche stünde, können die Geschäftsgebräuche die bloß dispositiven Vorschriften des Gesetzes modifiziren; denn diese kommen nur soweit zur Anwendung, als die Parteien nichts anderes gewollt haben und als ein solcher anderer Wille stellt sich die — ausdrücklich oder stillschweigend erklärte — Absicht der Parteien, die Handelssitte gelten zu lassen, dar[32]).

Die Geschäftsgebräuche können nun

a) für mehr oder minder weite Kreise oder Klassen von Personen und Geschäftsverhältnissen, für den gesammten Handelsstand oder doch einen

---

30) Vgl. ROHG. Bd. 6 S. 372, Bd. 11 S. 243; s. auch Bd. 6 S. 78: „Sie (die Handelsgebräuche) bilden einen stillschweigenden Bestandtheil der Willenserklärung, ihr Inhalt gilt nur, weil er gewollt ist".

31) Vgl. ROHG. Bd. 5 S. 185, Bd. 6 S. 78, 372, Bd. 8 S. 254 ff., Bd. 12 S. 287; Puchelt, Komm. N. 8 zu Art. 1; s. aber auch ROHG. Bd. 13 S. 370, wonach nicht die genaue Kenntniß der betreffs eines Rechtsverhältnisses bestehenden Handelsgebräuche überall die Voraussetzung der Unterwerfung unter diese Handelsgebräuche bildet, insbesondere diese Unterwerfung vermuthet werden kann, weil z. B. der betr. Kontrahent an dem Orte, wo die Handelssitte gilt, seine Niederlassung hat und der Vertrag eben dort zu erfüllen ist. — Es dürfte zweifelhaft erscheinen, ob die von Goldschmidt (§ 35 zu N. 28 b) gemachte Unterscheidung zwischen einer ergänzenden und einer interpretirenden Funktion der Verkehrssitte durchführbar ist. Die Sache verhält sich wohl so: Weil die Umstände dafür sprechen, daß die Kontrahenten einer Verkehrssitte, einem Geschäftsgebrauch sich unterwerfen wollten, ist der Inhalt dieses Geschäftsgebrauchs maßgebend für die Auslegung des Parteiwillens. Diese Auslegung kann nun im einzelnen Falle dazu führen, daß die mit ihrer Hülfe gefundene Vertragssatzung (lex contractus) einer anderweitigen Willenssatzung ergänzend an die Seite tritt (Goldschmidt); sie kann aber auch möglicher Weise nur zur Deutung der sonst zweifelhaften, an sich aber vorhandenen Willenserklärung dienen. Immer dürfte jedoch die Funktion der Usance eine interpretirende sein.

32) Vgl. ROHG. Bd. 8 S. 256, Bd. 11 S. 243. Bezüglich der Börsenusancen, welche nicht zu den Handelsgebräuchen i. S. des Art. 1, sondern zu den Geschäftsgebräuchen gehören, s. ROHG. Bd. 4 S. 140, Bd. 8 S. 254 ff.

bestimmten Zweig desselben [33]) Geltung erlangen, ja sogar von den Organen der Kaufmannschaft förmlich „festgestellt, veröffentlicht, vereinbart" werden, so daß sie praktisch als der Ausfluß einer Art von Autonomie sich darstellen und deshalb äußerlich von gewohnheitsrechtlichen Sätzen schwer zu unterscheiden sind [34]). Es kommen aber

b) auch Geschäftsgebräuche i. S. des Art. 279 zwischen einzelnen Geschäftsleuten oder zwischen dem einzelnen Kaufmann und dessen Kundschaft vor.

Wenn die Fabrik A von jeher allen ihren Abnehmern die Fabrikate in Kisten zugesendet und für diese Kisten niemals einen gesonderten Preis berechnet hat, so ist ein Besteller, welchem auf einmal eine Vergütung für die Emballage notirt wird, wohl berechtigt, sich hiegegen zu verwahren, und es wird angenommen werden müssen, daß der Wille des Bestellers dahin ging, zu keinen anderen Konditionen, als den herkömmlichen, Waaren zu beziehen. Allein einen Handelsgebrauch kann er offenbar nicht für sich anrufen. Wenn nun aber alle derartige Fabriken im Geschäftsverkehre mit ihren Kunden die oben erwähnte Uebung einhalten, dann geht dieselbe in die Klasse der in lit. a erwähnten Geschäftsgebräuche über; sie wird zur „Usance" in dieser Branche des Fabrikverkehres, und wenn auch die eine oder andere Fabrik bisher die Uebung noch nicht mitgemacht hätte, sie würde aber trotz Kenntniß derselben sich nicht dagegen verwahrt haben, so müßte sie dieselbe gegen sich gelten lassen [35]).

III. Die Handelsgebräuche (oder das Gewohnheitsrecht) soll der Richter kennen [36]). Er hat sie zur Anwendung zu bringen, ohne daß sich die Parteien darauf berufen und er darf andererseits einen nicht bestehenden Handelsgebrauch seiner Entscheidung selbst dann nicht zu Grunde legen, wenn dessen Vorhandensein von beiden Parteien übereinstimmend angenommen wird [37]). Beruft sich eine Partei auf einen dem Gerichte unbekannten Handelsgebrauch, so kann ihr der Beweis auferlegt werden; das Gericht ist aber auf diese Erkenntnißquelle nicht beschränkt [38]). Geschäftsgebräuche dagegen sind in prozessualer Hinsicht als

---

33) Goldschmidts Zeitschrift Bd. 8 S. 348.

34) Vgl. Goldschmidt § 35 N. 7, 25, 28 f., 28 g; dessen Zeitschrift Bd. 15 S. 175, 519, Bd. 17 S. 625, Bd. 18 S. 517, 525. Hieher sind hauptsächlich die Börsenordnungen zu zählen, s. N. 32. — In der ersten Auflage wurde angenommen, daß die unter lit. a erwähnten Usancen unter die Handelsgebräuche i. S. des Art. 1 fallen; vgl. N. 17 und 27.

35) Vgl. den interessanten Rechtsfall in Busch Archiv Bd. 6 S. 442 und Voigtel's Erörterungen hiezu a. a. O. S. 465, ferner die Abhandlung Koch's über die Handelsgebräuche beim Danziger Getreidehandel in Busch Archiv Bd. 3 S. 334 ff., dann im Centralorgan Jahrgang 1864 S. 105 und die Hamburger (Lübecker) Entscheidung über die Wirkung des Sprachgebrauches in Bezug auf Empfangbarkeit einer Waare in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 8 S. 635, welche von ächt kaufmännischem Geiste Zeugniß gibt.

36) S. Gerichtsverfassungsgesetz § 118.

37) Vgl. Staub, § 7 zu Art. 1. Ob der Grundsatz „error juris nocet" auch auf den Irrthum bei Willenserklärungen über ein Gewohnheitsrecht Anwendung finde, vergl. ein Erk. des Berliner Obertribunals vom 19. Februar 1864 bei Busch, Archiv Bd. 5 S. 245.

38) Civilprozeßordnung § 265. Derjenige, welcher für ein von ihm angerufenes Gewohnheitsrecht Beweis antritt, ist nicht verpflichtet, nähere Angaben über die erheblichen Thatsachen im Einzelnen zu machen; es genügt die Benennung von

Thatsachen zu betrachten, welche erforderlichen Falles von demjenigen, der sie behauptet, zu beweisen sind[39]), dann aber, wenn beide Parteien darin einverstanden sind, als bestehend angenommen werden müssen.

4) Das bürgerliche Recht.

I. Unter dem bürgerlichen Rechte ist nicht nur das gemeine und Landesrecht, sondern auch das Provinzial- und Statutarrecht zu verstehen. Nicht minder ist der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze hieher gehörig.

Unter dem bürgerlichen Rechte sind ferner nicht nur die Civilrechte, sondern auch die Prozeßrechte begriffen. Eine praktische Anwendung dieses Satzes bietet die Verjährung.

Das Handelsgesetzbuch stellt an verschiedenen Orten kurze Verjährungsfristen für gewisse Klagen auf (z. B. Art. 146—149, 172, 306, 349, 386, 408 Abs. 3); über die Vorbedingungen, die Unterbrechung u. s. w. sind aber Bestimmungen nicht gegeben. Es unterliegt nun keinem Bedenken, auf diese Materie das allgemeine bürgerliche Recht, ebenso aber die durch die Prozeßgesetzgebung gebotenen Vorschriften anzuwenden.

II. Da der Art. 1 die Reihenfolge ganz unbeschränkt und bedingungslos aufstellt, so gehen das Handelsrecht und die Handelsgebräuche, wie schon oben ausgeführt wurde, auch demjenigen bürgerlichen Rechte vor, welches der Zeit nach das neuere ist[40]).

Um dem Willen des Gesetzgebers gerecht zu werden, hat die handelsrichterliche Praxis erst dann auf das subsidiäre Recht zu greifen, wenn das Handelsgesetzbuch durchaus keine Entscheidungsnormen bietet. Zwei Gesichtspunkte insbesondere sind hier hervorzuheben:

a) Die rechtlichen Begriffe sind in Handelssachen nicht aus dem bürgerlichen Rechte, sondern aus dem Handelsgesetzbuche zu konstruiren.

Z. B. Veräußerung, alienatio, ist ein Rechtsbegriff, welcher im allgemeinen bürgerlichen Rechte verschiedene Bedeutungen hat. Es werden bald alle Handlungen, durch welche Sachen, sei es vollständig oder zeitweise, umsonst oder gegen Entgelt einem Anderen überlassen werden, also auch im Wege der Vermiethung und Verpachtung; bald nur die Vermögensänderungen (Aufgeben von dinglichen und persönlichen Rechten schenkungsweise oder gegen Entgelt); bald nur die Eigenthumsübertragung auf einen Anderen; bald neben dieser auch die Bestellung von Servituten und die Verpfändung als Veräußerung bezeichnet. Es würde nun zu falschen Resultaten führen, wenn man, im Falle es in Handelssachen auf die Auslegung des Wortes „Veräußerung" ankommt, sofort das bürgerliche Recht zur Grundlage der Entscheidung nehmen wollte. Vielmehr ist aus der Vergleichung derjenigen Stellen des Handelsgesetzbuches, in welchen jenes Wort gebraucht wird (Art. 23, 42, 271, 273, 439—442), derjenige Sinn zu ermitteln, welchen dieses

---

sachverständigen Zeugen, welche über „alle zur Annahme eines Gewohnheitsrechtes wesentlichen Erfordernisse" (die das Gericht ein für allemal kennt) aussagen sollen. RG. Bd. 30 S. 366.

39) Vgl. Civilprozeßordnung § 259; RG. Bd. 1 S. 270.

40) Vgl. ROHG. Bd. 3 S. 2 über die derogirende Kraft des Handelsgewohnheitsrechtes gegenüber dem bürgerlichen Rechte; ersteres kann z. B. die rechtlichen Voraussetzungen eines verpflichtenden Anerkenntnisses bestimmen.

Gesetzbuch dem Ausdrucke Veräußerung beilegt[41]) und dieser Sinn ist in Handelssachen maßgebend [42]);

b) Auch der durch wissenschaftliche Interpretation gefundene Inhalt des Handelsgesetzbuches hat dem bürgerlichen Rechte vorzugehen [43]).

Wenn es sich z. B. um eine Frage handelt, welche die Bevollmächtigung zu Handelsgeschäften betrifft, so ist, bevor auf die gemeinrechtlichen Grundsätze des Mandates gegriffen wird, zuvörderst zu prüfen, ob sich die Entscheidung nicht durch Analogie und durch Entwickelung der über Handlungsbevollmächtigte und Prokuristen gegebenen Rechtssätze finden lasse [44]).

Selbstverständlich ist bei dieser Art der Anwendung des Gesetzbuches mit Vorsicht zu verfahren und sich insbesondere davor zu hüten, daß nicht Grundsätze, welche nur in Bezug auf spezielle Verhältnisse gegeben wurden und auch nur in dieser Richtung richtig sind, gegen ihre Natur verallgemeinert oder aber auf andere heterogene Verhältnisse angewendet werden.

---

41) Eine solche Entscheidung s. i. d. Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen Bd. 2 S. 120.

42) Vgl. Goldschmidt § 47 N. 24. — Gleiches gilt von dem handelsrechtlichen Begriffe Anschaffung. — Den Begriff des Kaufes hat das HGB. nicht bestimmt; die Beantwortung der Frage, was Kauf sei, ist somit dem bürgerlichen Rechte, also dem maßgebenden Landesrechte überlassen. Dagegen enthält das HGB. in den Art. 337 ff. eine Reihe von Vorschriften, welche die sonstigen Grundsätze des bürgerlichen Rechtes über den Kauf modifiziren. Diese Vorschriften sind in Handelssachen insbesondere auch dann anzuwenden, wenn es sich um Verträge betr. Lieferung einer erst anzufertigenden Sache handelt und das Landesrecht solche Verträge als Käufe gelten läßt (RG. Bd. 1 S. 57). Weitere Beispiele für das Verhältniß des HGB. zum bürgerlichen Rechte enthalten die Entscheidungen des ROHG. Bd. 13 S. 419 (Soweit das Landesrecht über Handelsgeschäfte, deren Gegenstand in der Lieferung einer Quantität vertretbarer Sachen gegen einen bestimmten Preis besteht, andere Bestimmungen als über Kaufsgeschäfte enthält, können diese anderen Bestimmungen mit Rücksicht auf Art. 338 nicht zur Anwendung kommen.); Bd. 7 S. 227 (Das HGB. enthält nur Bestimmungen über die rechtlichen Wirkungen des Verzugs an sich — vgl. Art. 354, 355 u. a. —, während die Frage, durch welche Ereignisse der einmal begründete Schadenersatzanspruch wieder verloren gehe, nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden ist); Bd. 19 S. 304 (Durch Art. 283 ist für Handelsgeschäfte allen bisherigen gemeinrechtlichen wie partikularrechtlichen Bestimmungen derogirt, welche die Verpflichtung zum Schadenersatz irgendwie beschränken.).

43) Vgl. Goldschmidt § 34, § 37 Nr. 3; Puchelt Anm. 4 zu Art. 1; ROHG. Bd. 11 S. 417: Unter den Bestimmungen des HGB., welche dem bürgerlichen Rechte vorgehen, sind nicht blos die ausdrücklich und unmittelbar ausgesprochenen, sondern auch die sich nur mittelbar durch Interpretation und Zurückgehen auf den Grundgedanken und auf die Totalität der Bestimmungen ergebenden Rechtssätze zu verstehen.

44) So würde es gewiß dem Geiste der Gesetzgebung nicht entsprechen, wenn man z. B. den Grad der Sorgfalt, welche von einem Geschäftsreisenden in Besorgung der ihm obliegenden Geschäfte seinem Prinzipale gegenüber zu beobachten ist, nach den Grundsätzen über culpa lata et levis beim Mandate ermitteln wollte. Die Analogie des Art. 282 ergibt, daß der Geschäftsreisende eben sich so zu verhalten hat, wie es die Pflicht „eines ordentlichen Reisenden" ist; nach dem, was man von einem ordentlichen Reisenden allgemein verlangt, richtet sich seine Haftbarkeit.

5) Ausländisches Recht.

Der Richter wird nicht selten in die Lage kommen, in Handelssachen ausländisches Recht anzuwenden[45]). Ist nach Lage des Falles ausländisches Recht maßgebend, so ist das ausländische Gewohnheitsrecht auch im Widerspruch mit dem Handelsgesetzbuche anzuwenden. Art. 1 hat eine Rangordnung nur unter einheimischen, nicht zwischen einheimischen und auswärtigen Rechtsquellen festgestellt, weil einheimische und auswärtige Rechtsquellen einander nothwendig ausschließen[46]).

Ist das ausländische Recht dem Gerichte unbekannt, so gilt bezüglich der Beweisführung das Gleiche, wie für den Nachweis eines Gewohnheitsrechtes[47]).

Art 2.

An den Bestimmungen der deutschen Wechselordnung wird durch dieses Gesetzbuch nichts geändert.

Pr. E. -- I. E. — II. E. Art. 2. Prot. S. 451, 885, 4508.

Der Artikel 2 enthält nach der in der 549. Sitzung gegebenen Erklärung die wesentliche Bestimmung, daß in Wechselsachen stets die Wechselordnung zur Anwendung komme, ohne Rücksicht darauf, ob das betreffende Wechselgeschäft zugleich die Eigenschaft eines Handelsgeschäftes habe, und ob das Wechselrecht in der vorliegenden Frage mit dem Handelsgesetzbuche übereinstimme oder nicht. (Prot. 4508.)

Jedoch bedarf dieser Ausspruch einer wesentlichen Limitation; es ist nämlich zu unterscheiden zwischen dem eigentlichen Wechselgeschäfte, dem auf der Skriptur beruhenden Formalkontrakte des Gläubigers mit dem Schuldner und dem Geschäfte des Wechselgebers mit dem Wechselnehmer[1]).

Der Preußische Entwurf zählte in Art. 212 zu den Geschäften, welche auch in Betreff von Nichtkaufleuten Handelsgeschäfte sein sollten, unter anderen ganz allgemein die durch das Wechselrecht bestimmten Geschäfte. Diese Bestimmung wurde in das HGB. allerdings nicht aufgenommen; allein nachdem Wechsel immerhin in gewissem Sinne als „Werthpapiere" angesehen werden können, so fällt das Anschaffen von Wechseln, um sie weiter zu begeben, in manchen Fällen unter Art. 271 Ziff. 1; ebenso erscheint das Geschäft zwischen Wechselnehmer und Wechselgeber in den Fällen des Art. 272 Abs. 2 und wohl auch unter Umständen nach Art. 273 und 274 als Handelsgeschäft. Insoferne müssen nun jedenfalls die Vorschriften des HGB. auf derartige Geschäfte Anwendung finden. Andererseits fällt selbstverständlich die Wechselverpflichtung als solche, der Formalkontrakt, welcher durch die Wechselzeichnung zu Stande kommt, niemals in

---

45) Vgl. über die bestrittene Frage, unter welchen Voraussetzungen das Recht des Auslandes zur Anwendung zu kommen habe, v. Gerber, System des deutschen Privatrechts § 32; Puchelt, Kommentar 4. Aufl. S. 10; Goldschmidt § 38 und die dort angeführte Literatur.

46) ROHG. Bd. 7 S. 7.

47) S. Note 38.

1) Vgl. den von Biener, Archiv f. WR. Bd. 6 entwickelten Unterschied zwischen dem kambialen Wechselrechte und dem civilen Wechselrechte; dann überhaupt Goldschmidt, Handbuch § 53 Note 1.

den Kreis der Handelsgeschäfte und es können daher die Bestimmungen des HGB. nicht auf die zwischen dem Aussteller, dem Acceptanten, dem Remittenten und dem Indossanten u. s. w. bestehenden Rechtsverhältnisse zur Anwendung kommen.

Im Allgemeinen werden diese beiden Grundsätze wohl zu keinem Bedenken Anlaß geben. So wird wohl unzweifelhaft der Art. 296 auch auf den Fall Anwendung finden, wenn einem Banquier ein abquittirter Wechsel zur Zahlung präsentirt wird. Jener wird den Ueberbringer gewiß als bevollmächtigt zum Geldempfange ansehen dürfen, soferne ihm nicht Umstände bekannt sind, die solches ausschließen; die Frage, in wieferne der Inhaber einer Mangels Zahlung protestirten Kommissionstratte einen Anspruch auf Cession der Rechte gegen den Kommittenten habe, wird ohne Anstand nach dem Handelsgesetzbuche zu entscheiden sein u. dgl.

Dagegen wird man den Umfang des Schadens, welchen der Indossant eines nicht eingelösten Wechsels dem Indossatar zu ersetzen hat, nicht auf Grund des Art. 283, sondern lediglich nach den Vorschriften der Art. 9 ff. der WO. zu bemessen haben[2]).

Insbesondere wird dies wichtig hinsichtlich der Art. 300 u. ff., welche Sätze enthalten, die man auf das Recht des Wechsels selbst anwenden könnte, und welche, wenn auch im Allgemeinen den Vorschriften der WO. nachgebildet, doch einzelne Abweichungen von denselben enthalten. Diese Artikel waren denn auch der Anlaß, weshalb der obige Artikel 2 in das Gesetzbuch Aufnahme fand. (Prot. 451.)

Schwierigkeiten bietet die Anwendung der so eben erörterten Grundsätze auf die Verjährung. So bestimmt der Art. 146 des HGB, daß die Klagen gegen einen Gesellschafter aus Ansprüchen gegen die Gesellschaft in fünf Jahren nach Auflösung der Gesellschaft verjähren. Dem oben Vorgetragenen gemäß kann diese Verjährungsfrist nicht maßgebend sein in Bezug auf Wechsel, welche die Gesellschaft ausgestellt, acceptirt oder indossirt hat; die Ansprüche aus solchen müssen nach Art. 77 ff. und bezw. Art. 100 der WO. verjähren[3]). Z. B. es hätte die Firma Gebrüder Schulze, deren Auflösung am 1. Juli 1890 in das Handelsregister eingetragen worden, am 30. Juni 1890 einen Wechsel acceptirt gehabt, welcher in Folge besonderer obwaltender Verhältnisse[4]) bis letzten Dezember 1895 eingeklagt werden könnte; nach Art. 146 des HGB. haftet aber die Firma Gebrüder Schulze nur bis letzten Juni 1895. Welche Bestimmung gibt den Ausschlag? Nach Ansicht der Kommission (Pr. S. 4508) die Bestimmung des HGB.

2) Einen zweifelhaften Punkt bietet der Art. 55 des HGB. im Vergleiche zu Art. 95 der WO.; vgl. darüber die Erläuterungen zu Art. 55.

3) Gleicher Ansicht Gareis-Fuchsberger N. 2.

4) So sagen die Protokolle S. 4508; der praktische Fall einer solchen längeren Verjährung ist jedoch schwer zu konstruiren, da bei Wechseln, welche nach Auflösung der Gesellschaft erst fällig werden, nach Art. 146 Abs. 3 die Verjährung erst vom Verfalltage an beginnt.

Art. 3.

Wo dieses Gesetzbuch von dem Handelsgerichte spricht, tritt in Ermangelung eines besonderen Handelsgerichtes das gewöhnliche Gericht an dessen Stelle.

Pr. E. Art. 974. I. E. — II. E. — Pr. S. 22, 4509.

Der Preußische Entwurf enthält ein sechstes Buch „von der Gerichtsbarkeit in Handelssachen", welches davon ausgeht, daß an allen Orten, wo ein Bedürfniß bestehe, Handelsgerichte errichtet werden sollten; daß aber, wenn in einem Bezirke kein Handelsgericht bestehe, das ordentliche (Civil-) Gericht des Bezirkes zugleich das Handelsgericht für denselben sei. (Art. 974.)

Aus diesem Vorschlage entstand der Art. 3, welcher die Bedeutung hat, daß, wenn eines der Länder, welche das Handelsgesetzbuch erwähnt, eigene Handelsgerichte nicht einrichten wollte, keine Lücke für diejenigen Fälle entstehe, in denen das Gesetz gewisse Thätigkeiten dem Handelsgerichte zuweist, z. B. Art. 12, 13, 14, 19, 26, 27, 45, 86, 310. — (Vgl. Pr. 22, 4509.)

Der vom Gesetze vorgesehene Fall liegt nunmehr für das ganze Deutsche Reich vor; das deutsche Gerichtsverfassungsgesetz kennt keine Handelsgerichte. Auch Rechtsstreitigkeiten in Handelssachen gehören vor die ordentlichen Gerichte. Soweit jedoch die Landesjustizverwaltung ein Bedürfniß als vorhanden annimmt, können bei den Landgerichten Kammern für Handelssachen gebildet werden[1]).

Hinsichtlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit entscheidet darüber, welche Gerichte im Sinne des Art. 3 die gewöhnlichen Gerichte seien, das Landesrecht; dieses hat auch darüber zu bestimmen, von welchen Gerichten die sonst im Handelsgesetzbuche erwähnten richterlichen nichtstreitigen Geschäfte wahrzunehmen sind[2]).

---

1) Gerichtsverfassungsgesetz f. d. Deutsche Reich § 100. Die Zuständigkeit dieser Kammern ist in § 101 a. a. O. geregelt. Für die Fälle der Art. 348, 365, 407 HGB. erklärt § 13 des Einführungsgesetzes zur CPO. das im § 448 CPO. bezeichnete Amtsgericht für zuständig.

2) Vgl. § 25 des preuß. Ausführungsgesetzes zum deutschen Gerichtsverfassungsgesetze, wodurch die Zuständigkeit der Amtsgerichte bestimmt ist. In Bayern ist die Führung des Handelsregisters und die Besorgung der übrigen im HGB. den Gerichten zugewiesenen Geschäfte den Landgerichten, insbesondere den Kammern für Handelssachen übertragen; Ausführ.-Ges. z. GVG. Art. 7, 28 und 29 mit Art. 9 des Einführungsgesetzes v. 10. November 1861. Bezüglich anderer deutscher Staaten s. Gareis-Fuchsberger Note 14—18.

Erstes Buch.

Vom Handelsstande.

Artikel 4—84.

Erstes Buch.

Vom Handelsstande.

Artikel 1–84.

Erster Titel.

Von Kaufleuten.

Pöhls § 31, dann 19—29. Thöl § 31, 38 ff. Brinkmann § 5. Auerbach Abschn. VII. Endemann, Syst. § 13. Goldschmidt § 43. Behrend § 24 ff. v. Völderndorff in Endemann's Hdb. Bd. 1 § 26.

Subjekte des Handelsverkehres sind einerseits diejenigen, welche durch den Absatz der Waaren Gewinn zu machen suchen, andererseits diejenigen, welche durch den Erwerb der Waaren ihre wirthschaftlichen Bedürfnisse zu befriedigen trachten; im Gegensatze zu den letzteren (Kunden, auch „Publikum") heißen die ersteren Handelsleute, Kaufleute.

Dieser weitesten Begriffsbestimmung des „Kaufmannes" ist die nach und nach (in Folge der Einwirkung des Sonderrechtes) entstandene engste Bedeutung des Wortes gegenüberzustellen, wonach als Kaufmann nur derjenige angesehen werden sollte, welcher auf eigene Rechnung bezogene Waaren unverarbeitet weiter verkauft, während sich von ihm unterschied der Kommissionär, welcher keinen Proprehandel treibt, der Produzent und Fabrikant, welcher selbst erzeugt, was er verkauft, der Handelsmann, welcher seine Waaren nicht „bezieht", sondern solche unmittelbar am Orte anschafft, der Banquier und Geldwechsler, welcher nicht mit gewöhnlichen Waaren, sondern mit Geld, Credit und Werthpapieren Handel treibt [1]).

Daß diese letztere Definition einen rechtlichen Werth nicht hat, wurde längst anerkannt [2]); mannigfache Erweiterungen [3]) wurden an derselben durch Wissenschaft und Praxis versucht und schließlich einigten sich beide dahin, den Kaufmann durch den Begriff des Handelsgeschäftes zu definiren [4]).

---

1) Ueber den Unterschied des usurarius und mercator siehe Endemann a. a. O. Note 3.

2) Z. B. von Pöhls a. a. O.

3) Ueber die Doktrin und Gesetzgebung siehe Goldschmidt a. a. O. Note 1 und 2.

4) Wenn der Code de commerce in Art. 1 sagt: Sont commerçans ceux qui exercent des actes de commerce oder das Preuß. LR. Theil II Tit. 8 § 475 als Kaufmann erklärt, „wer Handel mit Waaren oder Wechseln als sein Hauptgeschäft betreibt," so wird eben der Begriff des Handels hiebei als bekannt vorausgesetzt. (Einwendungen hiegegen in dem Votum Prot. S. 504 unten.)

Der Preußische Entwurf eines Handelsgesetzbuches schlug den umgekehrten Weg ein, indem er in Art. 2 diejenigen Geschäfte speziell aufführte, deren gewerbemäßiger Abschluß die Kaufmannseigenschaft begründen sollte. Allein diese Behandlungsweise fand Widerspruch und schon bei der ersten Lesung kam man darauf zurück, das Handelsgeschäft als solches zum Ausgangspunkte der Begriffsbestimmung zu machen[5]). Das Handelsgeschäft müsse, so wurde vorgebracht, seiner objektiven Eigenschaft nach als ein solches erkannt werden, gleichviel, von welcher Person es vorgenommen worden; noch kein Gesetz habe den Weg eingeschlagen, den der Entwurf gehe und man müsse um so mehr Anstand nehmen, ein noch nirgends erprobtes System gesetzlich zu sanktioniren, von welchem sich sofort erkennen lasse, daß es zu großen Inkonvenienzen führe. Denn wenn man diesem Systeme folge, so müsse z. B., bevor man wissen könne, ob ein Handelsgeschäft vorliege, zuerst untersucht werden, von wem und wie es betrieben werde, man müsse im Läugnungsfalle darüber ein Beweisverfahren einleiten, daß es gewerbemäßig betrieben werde; solche Konsequenzen seien aber Anlaß zu Chikanen aller Art.

Es wurde daraufhin beschlossen[6]), ein gemischtes System einzuhalten, nämlich zwei Klassen von Handelsgeschäften zu unterscheiden:

1) Diejenigen Handelsgeschäfte, welchen diese Eigenschaft wegen ihrer objektiven Erscheinung und ohne Rücksicht auf die Person des Unternehmenden selbst dann zukomme, wenn ein solches Geschäft auch nur einmal von zwei Nichtkaufleuten vorgenommen werde, und

2) diejenigen Geschäfte, denen die Natur der Handelsgeschäfte nur mit Rücksicht auf die Personen, von denen sie vorgenommen werden, also auf deren Geschäftsbetrieb beigemessen werden könne.

Nach Feststellung dieser Begriffe wurde dann unter theilweiser Rekapitulation die Definition des Kaufmannes dahin gegeben[7]):

Als ein Kaufmann ist anzusehen:

1) wer gewerbemäßig bewegliche Sachen kauft oder in anderer Art anschafft und dieselben in Natur weiter veräußert;

2) wer gewerbemäßig in einem über den Betrieb des Handwerks hinausgehenden Umfange die Bearbeitung und Verarbeitung von beweglichen Sachen unternimmt oder Sachen, welche er angeschafft hat, verarbeitet und weiter veräußert;

3) wer gewerbemäßig Banquier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt;

4) wer gewerbemäßig Rhederei betreibt oder Versicherungen gegen Prämie übernimmt;

5) wer gewerbemäßig kaufmännische Kommissionsgeschäfte, Speditionsgeschäfte oder Frachtgeschäfte betreibt (die gewöhnlichen Fuhrleute sind hierunter nicht begriffen);

6) wer gewerbemäßig Buchhändlergeschäfte betreibt[8]).

---

5) Prot. S. 405 (Antrag des Dr. Heinecken S. 412) Berathung S. 500 ff.

6) Prot S. 512.

7) Art. 2 des Entwurfes erster Lesung.

8) Die Erweiterung oder Verengerung dieser Klassen, so wie die Gewerbepolizei sollte der Partikulargesetzgebung vorbehalten bleiben.

Bei der zweiten Lesung wurde diese Fassung neuerdings bekämpft[9]) und nun das jetzt adoptirte System beliebt[10]).

Hienach steht fest, daß das Handelsgesetzbuch unter den Kaufleuten nicht einen abgeschlossenen Stand versteht[11]), sondern daß das Gesetzbuch mit freiem und offenem Verständnisse der Gegenwart die Schranken der Zunftmäßigkeit durchbrochen hat und seine Absicht darin wurzelt, den Handelsverkehr in seiner Gesammtheit zu ordnen und für denselben gleiches Recht und gleiches Gericht zu geben.

Wer immer an diesem Verkehre Theil nimmt, wer selbstthätig den Güterumsatz befördert und diese Thätigkeit zu seiner Lebensaufgabe macht, der ist vom Gesetze als Handeltreibender, als Kaufmann erklärt.

Es fallen demnach in den Kreis dieses Begriffes nicht nur diejenigen Personen, welche sich mit dem eigentlichen Handel beschäftigen[12]), dessen Zweck der Waarenumsatz im engeren Sinne ist, sondern auch diejenigen, welche zur Vermittelung dieses Umsatzes selbständig thätig sind, und ebenso jene, deren Hauptbeschäftigung nicht in dem Umsatze der unveränderten Waare, sondern in der Veränderung der angeschafften Waare besteht[13]), da auch bei diesen die Theilnahme am Gesammtverkehr eine unbestreitbare ist.

Beschränkungen der Personen in Bezug auf die Befugniß, Handel zu treiben nach Alter, Geschlecht, Stand und Religion, kennt das Handelsgesetzbuch nicht[14]); denn die in Art. 7 für die Ehefrau Seitens des Ehemannes, in Art 63 für den Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten Seitens des Prinzipals geforderte Einwilligung und das Verbot in Art. 69 Abs. 1 können als solche nicht wohl angesehen werden; man kann vielmehr mit Recht sagen: das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch steht auf dem Boden vollkommener Verkehrsfreiheit.

Art. 4.

Als Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuches ist anzusehen, wer gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt.

Pr. E. Art. 2. I. E. Art. 2; II. E. Art. 3. Prot. S. 13 ff., 525 ff., 855, 926 ff., 1254.

1) Als Kaufmann.

Die Kaufleute bildeten ehedem einen eigenen Stand, die Bezeichnung „Kaufmann“ war diejenige einer gewissen socialen Klasse, und wer ein Kaufmann

9) Aenderungsvorschlag Prot. S. 884; Beschluß, die Berathung zu suspendiren S. 927. Im Antrage des Referenten (S. 1262) war die Bezeichnung „Handelsmann“ gebraucht worden, allein dieselbe fand großen Anstoß (Prot. S. 1254 unten) und wurde deshalb beseitigt.

10) Debatten Prot. S. 1255—1259.

11) Deshalb wurden auch alle Anträge, die Protokollirung, den Registereintrag u. s. w. als Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft aufzustellen, abgelehnt. Vgl. Prot. S. 528, 1258.

12) Ueber diesen Ausdruck siehe Thöl § 26, über die verschiedenen Handelszweige § 37 und Endemann § 2.

13) Die Fabrikanten und Handwerker, vgl. die Erläuterungen zu Art. 10.

14) Ueber die früher maßgebenden Einschränkungen siehe Pöhls § 19 ff, Brinkmann § 12 ff.

war, hatte eben deshalb bestimmte gemeindliche und politische Rechte und Pflichten[1]). In diesem Sinne ist die Begriffsaufstellung des Art. 4 nicht zu verstehen; es will damit nicht festgesetzt werden, wer im socialen Leben zum Stande der Kaufleute gezählt werden solle, wer die staatliche Stellung eines Kaufmannes besitze, wer so zu sagen zur Kaufmannsgilde gehöre[2]), sondern wem die privatrechtlichen Auflagen und Ansprüche zukommen, welche zu ihrem Begründetsein die Person eines Kaufmannes erfordern. Eben deshalb sagt der Artikel nicht: „Kaufmann ist", sondern „als Kaufmann ist anzusehen"[3]) und setzt bei:

2) im Sinne dieses Gesetzbuches.

Wo demnach im Handelsgesetzbuche von einem „Kaufmanne" gesprochen wird, ist dafür der im vorstehenden Artikel festgesetzte Begriff maßgebend; es werden „Personen, welche gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreiben", vorausgesetzt, wenn die Vorschriften des Gesetzbuches über Publizität, Buchführung, Firmen, Prokura und Handelsvollmacht Anwendung finden sollen; diese Personen sind verstanden, wenn von der Pflicht zur Sorgfalt eines „ordentlichen Kaufmannes (Geschäftsmannes)" (Art. 282, 343, 344, 361, 367, 380) gesprochen wird; diesen Personen stehen die im Art. 289, 290, 291, 292 Abs. 2, 297, 300, 301, 306, 309, 310, 311, 313, 314, 323, 378, 388, 420 aufgeführten Rechte und Pflichten zu; endlich ist, um zu entscheiden, ob gewisse Geschäfte als Handelsgeschäfte anzusehen sind, maßgebend, ob sie von einer unter den Begriff des Art. 4 fallenden Person geschlossen wurden (Art. 272 Abs. 2, Art. 273).

Die Bestimmung des Art. 4, daß die Definition des Kaufmannes sich nur auf die Vorschriften des Handelsgesetzbuches beziehe, kann landesgesetzlich erweitert werden. So ist im Art. 6 des bayerischen Einführungsgesetzes verordnet, daß überall, wo nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes oder der Prozeßgesetze Rechte und Verpflichtungen davon abhängig gemacht werden, daß eine Person ein Kaufmann sei, die Begriffsfestsetzung des HGB. zu Grunde gelegt werden muß[4]). Aehnlich verfügt das Preußische Einf.-Ges. im Art. 27 und 31.

3) wer.

Das Gesetz macht keinen Unterschied, ob es sich um eine physische oder eine juristische Person handelt[5]); nicht blos der Einzelne, welcher gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt, sondern auch diejenigen Korporationen oder Stiftungen,

---

1) Vgl. Endemann Syst. § 13 Note 3.

2) Der im Art. 4 aufgestellte Begriff ist daher nicht ohne Weiteres maßgebend für die Steuerverhältnisse, die Börsenberechtigung u. s. w. (Prot. S. 1255).

3) Bei den Verhandlungen (Prot. S. 1255) wurde mit Recht bemerkt, es würde dem Sprachgebrauche widerstreiten, wenn man z. B. den Frachtführer einen Kaufmann nennen wollte, während Nichts entgegenstehe auszusprechen, daß derselbe rechtlich wie ein Kaufmann zu behandeln sei.

4) Vgl. die Erläuterungen in Lutz, Kommentar zum bayerischen Einf.-Gesetze S. 42 ff. und eine Anwendung des Satzes in der Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen (Erlangen, Palm und Enke) Bd. 1 S. 124.

5) Der Art. 5 wäre daher nicht nothwendig gewesen, wenn die Handelsgesellschaft als juristische Personeneinheit angesehen wird; allein insoferne angenommen wird, daß hiebei ein von den einzelnen Gliedern der Gesellschaft verschiedenes Rechtssubjekt nicht bestehe, hätte die Subsumtion zweifelhaft werden können.

welche den Gewerbebetrieb ausüben, sind als Kaufleute anzusehen[6]). Allein man darf hiebei nicht übersehen, daß der Art. 4 die fraglichen Personen nicht zu Kaufleuten erklärt, sondern sich nur dahin ausspricht, daß die Vorschriften über Kaufleute auf dieselben Anwendung finden; es wäre deshalb völlig irrig, wenn man den Staat, welcher ein Bankinstitut besitzt, oder die Gemeinde, welche eine Gasfabrik betreibt u. s. w., als solche für Kaufleute erklären würde. Es besteht hier ein wesentlicher, durch die innere Natur des Rechtssubjektes hervorgerufener Unterschied zwischen der natürlichen und der juristischen Persönlichkeit; die erstere wird eben als ein physisch Einzelner von der aus ihrem gewerbemäßigen Betriebe folgenden Eigenschaft als Ganzes und im Ganzen ergriffen; derjenige, welcher das Bankiergeschäft als Gewerbe treibt, ist überhaupt als Kaufmann anzusehen und wird stets als solcher behandelt werden müssen. Der Staat dagegen ist nur insoweit und insoferne Kaufmann[7]), als er durch ein spezielles Institut Handelsgeschäfte gewerbemäßig betreibt; nicht also der Staat als solcher, sondern das betreffende Institut fällt unter Art. 4[8]); nur auf dieses finden die Vorschriften der Art. 273 und 274 Anwendung, ihm liegen die im Gesetzbuche den Kaufleuten zugeschriebenen Pflichten ob, von ihm können die kaufmännischen Rechte beansprucht werden.

4) gewerbemäßig.

a) Das Wort gewerbemäßig soll vor Allem nicht das Erforderniß einer äußerlichen Standeseigenschaft begreifen, wie dies aus Art 11 des HGB. deutlich hervorgeht; nicht blos derjenige ist Kaufmann, welcher dem Gewerbe der Kaufleute, soweit solches nach polizeilichen oder sonstigen Anordnungen ein geschlossenes Ganze bildet, einverleibt ist[9]).

b) Was nun aber unter dem Ausdrucke „gewerbemäßig“ zu verstehen sei, ist von jeher sehr streitig gewesen[10]). Bei den Berathungen des Gesetzbuches (Prot. S. 1306) wurde angeregt, ob es nicht angemessen sei, im Gesetze festzustellen, was in demselben unter dem Ausdrucke „gewerbemäßig“ verstanden werde, da dies auch in dem französischen Gesetzbuche[11]) geschehen sei; ob dazu erfordert

---

6) Voraussetzung des Eintrages in das Firmenregister ist der Betrieb eines Handelsgewerbes; die juristische Persönlichkeit einer Mehrheit von physischen Personen bewirkt dagegen, daß diese nicht in das Gesellschaftsregister, sondern unter den Einzelkaufleuten eingeschrieben wird. Vgl. den Fall der evangelischen Brüdergemeinde in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 7 S. 500, u. Busch Archiv Bd. 3 S. 359; vgl. auch ebenda Bd. 47 S. 59. Genossenschaften gelten als Kaufleute i. S. des HGB., insoweit das Gesetz vom 1. Mai 1889 (über die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften) keine abweichenden Vorschriften enthält (§ 17 dieses Gesetzes).

7) Niemand wird sagen, das Königreich Bayern ist ein Kaufmann, weil in Nürnberg eine königliche Bank besteht oder die Eisenbahnen vom Staate betrieben werden, was insbesondere hinsichtlich der Präsumtion des Art. 274 von Wichtigkeit ist.

8) Priber in Busch Archiv Bd. 1 S. 249.

9) Auch öffentlich-rechtliche Verbote, ein bestimmtes Gewerbe oder überhaupt ein Gewerbe zu treiben — z. B. das in § 43 des Reichsmilitärgesetzes bezügl. der Militärpersonen enthaltene Verbot — stehen der Kaufmannseigenschaft nicht entgegen. Vgl. auch Art. 276.

10) Vgl. die verschiedenen Definitionen bei Goldschmidt S. 455 N. 13.

11) Code de commerce „profession habituelle“.

werde, daß Jemand aus dem Betriebe eines solchen Geschäftes einen Nahrungszweig mache, oder ob es genüge, wenn das Geschäft sehr häufig betrieben werde, oder wenn Jemand ein einzelnes Geschäft in vielen, längere Zeit hindurch fortgesetzten Handlungen erledige, z. B. wenn er den Verkauf eines selbst verlegten Buches besorge. Die Konferenz ging auf die genauere Auseinandersetzung des Begriffes jedoch nicht ein: „da man die Aufstellung einer zutreffenden allgemeinen Begriffsbestimmung für unthunlich und den Ausdruck „gewerbemäßig" für populär genug hielt, um einer richtigen Anwendung in einzelnen Fällen versichert sein zu können[12])."

Man kann nun zur näheren Erläuterung des Wortes gewerbemäßig verschiedene Gegensätze aufsuchen, z. B. häufigen Abschluß von Handelsgeschäften gegenüber einem einzelnen, einem nur selten bethätigten Geschäftsabschlusse, oder regelmäßig darauf gerichtete Thätigkeit gegenüber der gelegentlich gemachten Geschäfte[13]); die Absicht, den ständigen Lebensunterhalt aus dem Geschäftsbetriebe zu ziehen, gegenüber derjenigen, nur einen momentanen Gewinn aus dem vorgenommenen Geschäfte zu erzielen[14]) u. s. w. Allein keiner dieser Gegensätze deckt den Begriff vollkommen; vielmehr ist dies Alles zusammenzufassen und der Geschäftsbetrieb dann als ein gewerbemäßiger zu erachten, wenn eine Person darin ihren Beruf und die Nutzbarmachung ihres Vermögens und ihrer Arbeitskräfte sucht, wenn sie darin ihre sociale Existenz begründet[15]).

c) Aus dieser Begriffsbestimmung folgt sofort, daß der gewerbemäßige Betrieb als solcher nicht Gegenstand einer prozessualen Beweisführung sein kann. Dagegen sind je nach Lage des Falles die einzelnen Thatsachen, aus denen der Begriff der Gewerbemäßigkeit zu folgern ist, dem Beweise zu unterstellen; dahin gehören die äußeren Erscheinungen, vor Allem der Betrieb in einem dem Publikum geöffneten Lokale (Laden, Magazin, Komptoir), die öffentliche Ankündigung des Betriebes

---

12) Ueber die Vermuthungen für den gewerbemäßigen Betrieb vgl. unten.

13) Vgl. ROHG. Bd. 14 S. 113.

14) Ohne Gewinnabsicht überhaupt ist das Handelsgeschäft ohnehin nicht denkbar; vgl. Goldschmidt S. 454 N. 12.

15) v. Hahn § 8 zu Art. 4: „Das Kriterium ist, daß der Wille einer Person nicht durch die Gelegenheit zum vortheilhaften Abschlusse eines oder mehrerer Handelsgeschäfte bestimmt erscheint und daß nicht die Absicht vorliegt, einzelne bestimmte Handelsgeschäfte abzuschließen, sondern daß der Wille von vorneherein auf den Abschluß von ganzen Reihen von Handelsgeschäften, welche eine zusammenhängende Masse bilden, gerichtet ist." Aehnlich ROHG. Bd. 3 S. 407: Das wesentlichste Kriterium ist der von vorneherein nicht auf den Abschluß eines einzelnen oder einzelner Handelsgeschäfte, sondern auf den Abschluß von ganzen Reihen zusammengehöriger Handelsgeschäfte gerichtete Wille. Goldschmidt S. 454: „Betrieb als ständige Einkommensquelle, der Art, daß alle einzelnen Geschäfte als Theile eines gewollten auf Erzielung eines Einkommens gerichteten Geschäftkomplexes von an sich unbestimmtem Umfange erscheinen und durch dieses innere Band eines einheitlichen Gewerbswillens zusammengehalten werden." — Die im Texte aufgestellte Begriffsbestimmung ist trotz gegentheiliger Meinungen (Staub § 8 zu Art. 4; vgl. E. d. RG. in Straff. Bd. 8 S. 147) aufrecht zu erhalten. Uebrigens will mit derselben nicht gesagt werden, daß der in dem Geschäftsbetriebe gesuchte Beruf der einzige und die darin gegründete sociale Existenz eine ausschließliche sein müsse.

(in Zeitungen, durch Adreßkarten, Cirkulare, durch Aushängen eines Schildes), die Beobachtung der unter den Kaufleuten üblichen oder für dieselben vorgeschriebenen Förmlichkeiten (Annahme einer Firma, Eintrag im Register, Zahlung einer Gewerbsteuer, Erwirkung der polizeilichen Erlaubniß), endlich die Einrichtung des Betriebes in einer gewissen Art von Ausdehnung[16]).

d) Dem Obigen zufolge kommt es nicht auf die Erklärung, ja nicht einmal auf die Absicht dessen an, der ein Geschäft abgeschlossen hat, sondern auf die thatsächlichen Verhältnisse. Derjenige, welcher keinen Gewerbebetrieb ausübt, kann dadurch, daß er bewegliche Sachen anschafft mit der Angabe, solche zum Geschäftsbetriebe verwenden zu wollen[17]), diese Anschaffung nicht zum Handelsgeschäfte nach Art. 273 Abs. 2 machen; andererseits wird z. B. ein Verlagsbuchhändler nicht mit der Einrede gehört werden können, er habe das Verlegen der Bücher nur zum Vergnügen und nicht als Gewerbe betrieben.

Selbst die betrügliche Absicht ändert hieran Nichts. Zwar ward bei Berathung des Handelsgesetzbuches[18]) das Prinzip zur Geltung zu bringen versucht, daß derjenige, der in einem Vertrage mit einem Dritten die Person und Eigenschaft eines Kaufmannes vorspiegele, dem dritten hiedurch hintergangenen Kontrahenten gegenüber sich gefallen lassen müsse, daß man ihn bei Beurtheilung des abgeschlossenen Vertrages als einen Kaufmann ansehe[19]). Allein nachdem die Unzulässigkeit und Gefährlichkeit der in diesem Sinne vorgeschlagenen verschiedenen Sätze sich bei näherer Prüfung ergeben hatte, nahm man davon Umgang, eine Bestimmung dieser Art aufzustellen[20]).

e) Eine besondere Besprechung erfordern die kaufmännischen Institute des Staates und sonstiger juristischer Personen. Hier wird leicht der Gesichtspunkt, daß das Handelsgesetzbuch ein allgemeines Verkehrsrecht sein soll, zu gering angeschlagen und werden deshalb Einschränkungen versucht, die im Gesetze nicht begründet sind.

Es ist nun aber nicht gerechtfertigt, das Vorhandensein eines gewerbemäßigen

---

16) Nicht minder die von Goldschmidt noch weiter aufgeführten Fälle der Annahme einer Fabrikmarke oder eines Waarenzeichens, der Anschaffung der für Personen- oder Waarentransport über das eigene Bedürfniß hinausgehenden Gerätschaften, der Einrichtung einer Fabrik u. s. w. Vgl. auch ROHG. Bd. 9 S. 437. Sind die betr. Thatsachen bei dem Gerichte offenkundig, so bedürfen sie keines Beweises. (Civ.-Proz.-Ordnung § 264; ROHG. Bd. 7 S. 239.) Hat sich die Absicht des regelmäßigen Geschäftsbetriebs auf die eine oder andere Art nach außen klar zu erkennen gegeben, so bedarf es, damit der Begriff der Gewerbemäßigkeit als gegeben angenommen werden kann, der bereits geschehenen Wiederholung von einzelnen Geschäften nicht. (ROHG. Bd. 9 S. 436.) Wohl aber ist erforderlich, daß der die Handelsgeschäfte Betreibende dem Publikum gegenüber als Geschäftsmann auftritt. Dies ist nicht der Fall bei Demjenigen, der in der üblichen Weise Spekulationsgeschäfte in Papieren durch Bankiers macht. (ROHG. Bd. 22 S. 303; Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 37 S. 525; a. M. Staub § 10.)

17) Z. B. Es kauft ein Commis in einem Bankiergeschäfte für sich einen feuerfesten Schrank in der Absicht, wenn er später ein selbständiges Geschäft eröffnen werde, denselben zur Aufbewahrung seiner Werthe zu benützen; ein Privatier kauft eine Anzahl Krüge und Gläser, unter der Vorgabe, er sei Gastwirth u. s. w.

18) Prot. S. 538.

19) Ein umgekehrter Fall ist erörtert in Busch Archiv Bd. 9 S. 110.

20) Prot. S. 548 ff.

Betriebes der Handelsgeschäfte in Bezug auf juristische Personen an andere Voraussetzungen zu binden, als hinsichtlich physischer Personen. Vorerst kann demnach darauf kein Gewicht gelegt werden, ob der Staat in dem betreffenden Gewerbe Konkurrenz der Privaten zuläßt oder nicht[21]), denn es wird nicht behauptet werden können, daß diejenige Privatperson, welche etwa ein ausschließendes Privilegium besitzt, gewisse Handelsgeschäfte allein und ohne alle Konkurrenz zu betreiben, deshalb aufhöre Kaufmann zu sein. Wenn aber die Kaufmannseigenschaft von der Möglichkeit einer Konkurrenz nicht abhängt, kann auch das Monopol des Staates oder der Umstand, daß ein Gewerbe ein sog. regales ist, einen Einfluß nicht äußern. Es kann aber ferner auch das Moment der Absicht eines Gewinnes nicht allzusehr in den Vordergrund gestellt[22]) und die Gewerbemäßigkeit dadurch nicht ausgeschlossen werden wollen, daß bei dem Betriebe auch noch ein anderer Zweck, als derjenige, Gewinn zu machen, verfolgt wird, selbst wenn dieser Zweck als das Hauptziel der Anstalt erscheinen sollte. Hierauf deuten schon die bei der dritten Lesung des Gesetzbuches über den Antrag wegen Exemtion der Posten gepflogenen Verhandlungen[23]). Es wurde hier speziell hervorgehoben, daß die Postanstalt nicht ein Institut zur Erzielung von Gewinn sei, daß sie daher als ein Gewerbe im engeren Sinne nicht angesehen werden könne, sondern eine der Wohlfahrtspolizei des Staates angehörige Aufgabe löse, daß sie auf Vermittelung des ganzen geistigen und materiellen Verkehres gerichtet sei. Allein es wurde hiegegen eingewendet[24]), daß dies ohne Einfluß bleiben müsse; denn den Begriff vom Gewerbe im obigen Sinne habe das Gesetzbuch nicht adoptirt, vielmehr werde unter gewerbemäßigem Betriebe derjenige verstanden, bei welchem Geschäfte wiederholt und gegen Entgelt ausgeführt werden.

Diesem zufolge wird allerdings jedes staatliche, gemeindliche oder von einer Stiftung ausgehende Unternehmen, welches den dauernden Betrieb von Handelsgeschäften zum Zwecke hat, jedes Institut, welches das ihm zugewiesene Vermögen in Handelsgeschäften nutzbar macht und dem die Abschließung solcher Geschäfte als Beruf zugewiesen ist, als ein kaufmännisches im Sinne des Gesetzbuches anzusehen sein[25]).

Wohlthätigkeitsanstalten werden in der Regel nicht unter den Begriff fallen; denn abgesehen davon, ob der Ankauf von Waaren in der Absicht, sie zu verschenken, (also immerhin sie zu „veräußern") ein Handelsgeschäft bildet, kann doch in der Wiederholung derartiger Ankäufe Seitens solcher Anstalten kein gewerbemäßiger Betrieb des Handels, keine Nutzbarmachung des Vermögens in Spekulationsgeschäften gefunden werden. Wenn aber eine solche Anstalt Handelsgeschäfte

---

21) Ein solches Kriterium wäre auch kein prinzipielles; die Thätigkeit des Staates in Verwaltung seiner Eisenbahnen ist offenbar dieselbe, ob daneben auch eine Privatbahn besteht oder nicht, und doch soll deren rechtliche Qualifikation von diesem rechtlich indifferenten Umstande abhängen.

22) Wie dies z. B. auch von Goldschmidt § 44 Note 12 geschieht.

23) Prot. S. 5049 ff.

24) Zwar ist diese Argumentation nur ein einzelnes Votum, allein es wurde schließlich danach materiell der Beschluß gefaßt und sonach muß dasselbe als Ansicht der Majorität und jetzt des Gesetzes angesehen werden.

25) Wie solches in dem oben citirten Aufsatze von Priber ausgeführt wird.

in der Absicht betreibt, den damit erzielten Gewinn zu wohlthätigen Zwecken zu verwenden, kommt sie als kaufmännisches Institut allerdings in Betracht[26]).

Die Versicherungsanstalten des Staates[27]), insoferne sie gewöhnlich auf Gegenseitigkeit beruhen, sind dieser ihrer Natur nach[28]) ausgeschlossen. Der Münzregalbetrieb besteht zwar in Anschaffung von Edelmetallen, aber man wird die Ausgabe der geprägten Münzen, welche in der Regel durch die Staatskassen, nicht durch die Münzanstalt geschieht[29]), nicht wohl als gewerbemäßige Weiterveräußerung erachten können.

Dagegen fallen die Staatseisenbahnen, die Posten und die Telegraphenanstalten unter die kaufmännischen Institute[30]). Es ergibt sich dieses sofort, wenn man dieselben Unternehmungen sich in den Händen von Privaten denkt[31]). Es läßt sich nicht bezweifeln, daß das Geschäft der Eisenbahnen unter Art. 272 Ziff. 3 fällt, und daß dieselben für den Transport von Personen bestimmte Anstalten sind[32]). Allein eben so gewiß ist es, daß auch die Postanstalten Frachtgeschäfte betreiben, und zwar nicht blos, indem sie Packete u. dgl. zur Beförderung übernehmen (als Fahrpost), sondern auch, insoferne sie den Briefverkehr vermitteln als Briefpost[33]). Hiedurch ist nicht verkannt, daß die Post als eine die Förderung des gemeinen Wohles erstrebende Staatsanstalt anzusehen ist, daß sie unseren heutigen Begriffen gemäß eine nothwendige öffentliche Einrichtung bildet, daß sie vom Staate betrieben werden müßte, auch wenn sie keinen Gewinn abwerfen sollte, und endlich, daß die Verwaltung der Staatsposten die Ausübung eines Staatshoheitsrechtes in sich schließt. Allein, wie bei den Konferenzverhandlungen wiederholt anerkannt wurde[34]), dieses Alles hindert nicht, die zur

---

26) Vgl. v. Völderndorff in Endemann's Hdb. Bd. 1 S. 137 N. 12. Es gehören z. B. Suppenanstalten, städt. Speiseanstalten u. dgl. nicht hieher; Goldschmidts Zeitschrift Bd. 6 S. 558; wohl aber unter Umständen Sparkassen und Kreditvereine (Handelsappellgerichtl. Entsch. Bd. 2 S. 334; Busch Archiv Bd. 18 S. 124; s. aber auch das. Bd. 1, S. 192, 223, Bd. 12 S. 153).

27) Z. B. die Immobiliarfeuerversicherungsanstalt des bayerischen Staates.

28) Vgl. Motive zum Preuß. E. S. 7 und 104.

29) Der Fall, daß Bankiers den Münzen Silber oder Gold übergeben zur Ausprägung, fällt unter Art. 272, geschieht aber nicht gewerbemäßig, sondern diese Manipulation ist eine „ungewöhnliche".

30) Vgl. Lesse in der a. d. Gerichtszeitung v. 1863 Nr. 52; Ackermann in Busch Archiv Bd. 6 S. 197; Thöl § 30 a. E.

31) Auch die Vertheidiger einer engeren Interpretation geben zu, daß, sobald der Staat den Betrieb verpachtet oder Privaten (gegen Entschädigung) überläßt, derselbe ein kaufmännischer sei; vgl. Goldschmidt Note 12 auf Seite 490.

32) Vgl. das Erkenntniß des Stuttgarter Obertribunals, wodurch die Württembergische Staatseisenbahnverwaltung als Kaufmann erklärt wurde, in Busch Archiv Bd. 9 S. 455; **ROHG.** Bd. 3 S. 407 (woselbst namentlich ausgeführt ist, daß die Absicht, einen Erwerb zu machen, keineswegs dadurch ausgeschlossen wird, daß der Staat bei der Anlegung und dem Betriebe von Staatseisenbahnen Zwecke des öffentlichen Wohles verfolgt); sowie Bd. 15 S. 35. Eine andere Ansicht hat das Hofgericht der Provinz Starkenburg vertreten, vgl. Busch Archiv Bd. 3 S. 131; ebenso das Sächsische Justizministerium; siehe Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 6 S. 558 und Busch Archiv Bd. 1 S. 522.

33) Vgl. das Erkenntniß des Nürnberger Handelsappellationsgerichtes über diese Frage in der Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen Bd. 2 S. 397. **ROHG.** Bd. 12 S. 311 (Plenarbeschluß), Bd. 17 S. 126, Bd. 23 S. 9.

34) Prot. S. 855, 1250, 5048 ff.

Ausübung des Regals bestimmte Anstalt denjenigen Normen unterzuordnen, welche dem Charakter entsprechen, der den von ihr geschlossenen Rechtsgeschäften privatrechtlich zukommt.

Was das Telegraphenwesen anlangt, so läßt sich die Anstalt zur Beförderung von Telegrammen gleichfalls nur nach Analogie einer Transportunternehmung behandeln, und eben deshalb muß auch die Staatstelegraphenanstalt als ein kaufmännisches Institut erklärt werden.

Strafanstalten, Besserungshäuser, Armenbeschäftigungsinstitute u. dgl. gehören als solche natürlich nicht zum Handelsstande; allein wenn in diesen Anstalten gewisse Handwerke und Fabrikationszweige betrieben werden, so betreibt der Staat oder die betreffende Gemeinde in dieser Richtung nach Art. 271 Nr. 1 Handelsgeschäfte, und es wird, nicht die Strafanstalt u. s. w. selbst, wohl aber das den Einkauf und Verkauf bewerkstelligende Etablissement die Rechte und Pflichten eines Kaufmannes nach Art. 4 überkommen müssen.

Völlig unzweifelhaft endlich fällt der Staat u. s. w. unter die Kategorie der Kaufleute hinsichtlich derjenigen handelsgewerblichen Unternehmungen[35]), welche entweder lediglich aus finanziellen Absichten oder zugleich aus anderweitigen, militärischen[36]) oder nationalökonomischen[37]) Rücksichten betrieben werden.

Auch macht es natürlich keinen Unterschied, ob der Fiskus u. s. w. ein kaufmännisches Unternehmen allein betreibt, oder ob er sich hiezu mit Privatpersonen oder anderen Korporationen verbindet.

5) Handelsgeschäfte.

Was als Handelsgeschäft anzusehen ist, bestimmen Art. 271 und 272, und wird bei der Erläuterung dieser Artikel näher erörtert werden[38]). Dagegen ist

---

35) Vorausgesetzt wird hiebei natürlich, daß die Unternehmung in dem Betriebe von Handelsgeschäften besteht; ist dieselbe z. B. ein reines Produktionsgeschäft, so fehlt es selbstverständlich an der ersten Voraussetzung der Kaufmannseigenschaft. Vgl. hierüber das Erk. des Berliner Kammergerichtes in Busch Archiv Bd. 3 S. 410.

36) Z. B. die Fabrikation von Pulver u. s. w., insoweit solches in den Handel kommt.

37) Z. B. um zugleich den sonstigen Gewerben als Muster zu dienen, Porzellanmanufakturen, das Münchner Hofbräuhaus; vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 490 Note 12. Hinsichtlich städtischer Gasanstalten wurde die Frage verneint vom Kreisgerichte zu Thorn (Centralorgan v. 1862 Nr. 41), bejaht von verschiedenen anderen Gerichten; vgl. Busch Archiv Bd. 1 S. 387; Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 6 S. 561, Bd. 20 S. 598.

38) Die Praxis hat bereits eine große Menge konkreter Entscheidungen geliefert, die hier einstweilen erwähnt werden sollen, da eine Beleuchtung der dabei maßgebenden Fragen erst bei der Erörterung des Begriffes „Handelsgeschäft" am Platze ist.

Kaufleute sind (vgl. aber Art. 10) folgende Personen:

Agenten, selbständige: Rechtsprechung des RG. in Straff. Bd. 6 S. 274.

Annoncenbureaubesitzer: **ROHG.** Bd. 1 S. 207.

Apotheker: Busch Arch. Bd. 1 S. 383, 477, 481, 520, Bd. 2 S. 151, Bd. 3 S. 131, 405, Bd. 8 S. 156. — Johow und Küntzel Bd. 3 S. 9; bayr. Samml. Bd. 1 S. 12.

Appreteure: Busch Arch. Bd. 7 S. 414.

Bäcker: Busch Arch. Bd. 1 S. 534; **ROHG.** Bd. 4 S. 240.

Bildhauerstukkaturgeschäftsinhaber: bayr. Samml. Bd. 3 S. 661.

hier die Streitfrage zu berühren, ob zum Begriffe des Kaufmannes die Gleichartigkeit der betriebenen Handelsgeschäfte erfordert wird. Diese Frage wird im Hinblicke auf den allgemeinen Ausdruck des Gesetzes „Handelsgeschäfte" und nach der oben gegebenen Definition des Wortes „gewerbemäßig" zu verneinen

---

Boten: Busch Arch. Bd. 3 S. 52.
Branntweinbrenner: Busch Arch. Bd. 3 S. 55; ROHG. Bd. 13 S. 143, Bd. 16 S. 380.
Brauer: Busch Arch. Bd. 3 S. 50, Bd. 5 S. 494; ROHG. Bd. 5 S. 18, Bd. 12 S. 97.
Drechsler: Busch Arch. Bd. 5 S. 494.
Eisenbahnunternehmer: ROHG. Bd. 3 S. 407.
Eisenwerksbesitzer (unter gewissen Voraussetzungen): Busch Arch. Bd. 3 S. 46, Bd. 5 S. 497.
Fabrikanten: ROHG. Bd. 11 S. 387.
Färber: ROHG. Bd. 1 S. 132.
Fleischer: Busch Arch. Bd. 1 S. 571, Bd. 4 S. 293, Bd. 7 S. 347, Johow und Künzel Bd. 9 S. 14; bayr. Samml. Bd. 1 S. 293.
Gasanstalten: Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 6 S. 561; handelsappellgerichtl. Entsch. Bd. 3 S. 219.
Gastwirthe: ROHG. Bd. 24 S. 270; bayr. Samml. Bd. 3 S. 750.
Gerber: Busch Arch. Bd. 4 S. 289; ROHG. Bd. 2 S. 443.
Goldschläger: Busch Arch. Bd. 5 S. 305.
Gypsformator: bayr. Samml. Bd. 3 S. 661.
Kaffeesieder: Busch Arch. Bd. 3 S. 58.
Kürschner: Busch Arch. Bd. 1 S. 412; Rechtspr. d. RG. in Strafs. Bd. 6 S. 694.
Kupferschmiede: handelsappellgerichtl. Entsch. Bd. 2 S. 160.
Lotteriekollekteure: ROHG. Bd. 23 S. 213.
Metzger: s. Fleischer.
Müller: ROHG. Bd. 11 S. 241.
Omnibus-Inhaber: Goldschmidts Zeitschr. Bd. 37 S. 525.
Säckler: handelsappellgerichtl. Entsch. Bd. 2 S. 477.
Schlosser: Busch Arch. Bd. 5 S. 495.
Schneider: ebenda und ROHG. Bd. 7 S. 237; RG. in Strafs. Bd. 21 S. 209.
Schuhmacher, Spengler (Klempner): Busch Arch. Bd. 5 S. 495.
Tischler: RG. Bd. 20 S. 125; Bolze Bd. 5 Nr. 427.
Uhrmacher: RG. i. Strafs. Bd. 8 S. 147, Bd. 21 S. 209.
Viehhändler: ROHG. Bd. 7 S. 58, Bd. 14 S. 266.
Wirthe: Busch Arch. Bd. 1 S. 120 u. 140, Bd. 6 S. 16; RG. i. Strafs. Bd. 4 S. 282; s. auch Gastwirthe.
Zeitungsverleger: Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 37 S. 525.
Zimmermeister: handelsappellgerichtl. Entsch. Bd. 2 S. 473; bayr. Samml. Bd. 1 S. 1 (anders Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 20 S. 564).

Nichtkaufleute sind:
Agenten einer Firma: Busch Arch. Bd. 1 S. 222, 384, ROHG. Bd. 23 S. 148.
Aerztliche Heilanstalten: Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 22 S. 275.
Bauunternehmer: ROHG. Bd. 11 S. 329, Bd. 14 S. 231; RG. i. Strafs. Bd. 18 S. 363 (s. aber auch ROHG. Bd. 13 S. 343).
Bergwerksbesitzer: ROHG. Bd. 13 S. 385.
Eisenbahnbauunternehmer s. Bauunternehmer.
Gütermakler: Bolze Bd. 1 Nr. 707.
Kalkofenbesitzer: Busch Arch. Bd. 1 S. 579.
Kunst- und Handelsgärtner: Busch Arch. Bd. 1 S. 567; bayr. Samml. Bd. 1 S. 2.

sein[39]), dagegen aber praktisch der Fall, daß eine Person keines der Grundgeschäfte als das eigentliche Gebiet ihrer Thätigkeit auswählt, sondern ihre Absicht von vorneherein auf eine unbestimmte Reihe von Handelsgeschäften aller Art gerichtet ist, nicht wohl vorkommen.

Von selbst versteht sich, daß unter dem Ausdrucke „Handelsgeschäfte" nur die sogenannten Grundgeschäfte (Art. 271 und 272) verstanden werden können, denn nachdem die sog. Hülfsgeschäfte (Art. 273, insbesondere Abs. 2) nur dadurch die Eigenschaft von Handelsgeschäften annehmen, daß sie von einem Kaufmanne vorgenommen werden, können sie die Eigenschaft eines Kaufmannes, welche ihre Voraussetzung ist, nicht begründen[40]).

Wenn aber eine Person nach einer Richtung Handelsgeschäfte gewerbemäßig betreibt, so ist sie Kaufmann auch dann, wenn sie daneben noch ein anderes Gewerbe betreibt, bei welchem Handelsgeschäfte nicht in Frage sind, z. B. Bergwerksbetrieb neben Kohlenhandel. Die Kaufmannseigenschaft kommt jedoch in solchem Falle der betr. Person nur in Beziehung auf ihr Handelsgewerbe, nicht auch bezüglich des anderen Gewerbes zu[41]).

6) betreibt.

Es wird der Definition des Art. 4 vorgeworfen, dieselbe sei nicht vollständig[42]); es fehle das Kriterium des Betreibens in eigenem Namen; denn wer im fremden Namen ein Handelsgewerbe ausübe, sei Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter, und zwar entweder wirklicher oder vermeintlicher. Nun ist zwar

---

Lackirer: Busch Arch. Bd. 1 S. 570; Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 20 S. 565.
Landwirthe: ROHG. Bd. 14 S. 265.
Leihanstalten (von Privaten): ROHG. Bd. 24 S. 34.
Leihbibliotheken: ROHG. Bd. 23 S. 400.
Lohnkutscher: Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 11 S. 116.
Photographen (welche lediglich auf Bestellung arbeiten): bayr. Samml. Bd. 3 S. 880.
Posthalter: ebend. Bd. 1 S. 4.
Sparkassen: Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 6 S. 560; Busch Archiv Bd. 12 S. 153 (s. aber Note 26).
Steinbruchbesitzer: ROHG. Bd. 11 S. 263; RG. Bd. 6 S. 10.
Steinfabrikanten (die nur Material aus eigenem Grunde verwenden); ROHG. Bd. 16 S. 380.
Theaterdirektoren: ROHG. Bd. 22 S. 117.
Vorschußvereine: ROHG. Bd. 5 S. 210 (s. aber auch Busch Arch. Bd. 12 S. 180).
Zahnärzte: Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 20 S. 560.
Ziegeleibesitzer: ebenda S. 569; ROHG. Bd. 9 S. 189, Bd. 14 S. 117, Bd. 15 S. 236.
Zimmervermiether: ROHG. Bd. 22 S. 329.

39) Auerbach Handelsgesetz S. 27; Dietzel Arch. f. WR. Bd. 7 S. 254; a. M. Goldschmidt S. 458 N. 14a; Puchelt Anm. 5 Abs. 4.

40) Vgl. Samml. handelsgerichtl. Entscheidungen in Bayern Bd. 1 S. 547.

41) ROHG. Bd. 11 S. 343. Die obige Unterscheidung gilt aber nur für den Fall des Betriebs zweier getrennter Gewerbe; dagegen bezieht sich die Kaufmannseigenschaft des Fabrikanten nicht nur auf den Ankauf der Stoffe für die zu fabrizirenden und die Weiterveräußerung der fabrizirten Waaren, sondern auch auf den technischen Betrieb. ROHG. Bd. 11 S. 387.

42) Z. B. Thöl S. 140 Note 1.

richtig, daß der Prokurist und Handlungsbevollmächtigte[43]), überhaupt diejenigen Personen, welche ein fremdes Geschäft betreiben[44]), nicht unter die Begriffsbestimmung des Art. 4 zu subsumiren sind[45]). Allein demohngeachtet ist die Bemängelung der Definition unbegründet[46]). Vor Allem darf nicht etwa darauf gesehen werden wollen, wer den Gewinn des Handelsgewerbes zieht oder dessen Verlust trägt, auf wessen Rechnung das Geschäft betrieben wird. Wenn ich dem Besitzer des Geschäftes X. mein Kapital zur Verfügung gestellt habe und vertragsgemäß nach Abzug von jährlich 2000 Mk., welche dem Besitzer des Geschäftes als Lebensunterhalt belassen werden, den ganzen Reinertrag zu ziehen habe, dagegen auch der etwaige Verlust mir zugeht, so bin ich doch deshalb noch nicht Kaufmann, und werde es selbst dann noch nicht, wenn ich in dem Geschäfte (z. B. als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter oder ohne eine solche Stellung als Volontär) selbst thätig mitwirke.

Andererseits wenn ich Eigenthümer des Geschäftes X. zu München bin, halte mich aber in Paris auf und lebe von den Erträgnissen meiner Landgüter, während ich den Geschäftsertrag meinem Schwiegersohne, welcher als Prokurist das Münchner Geschäft führt, ein für allemal überlassen habe, so bin ich dennoch Kaufmann im Sinne des Gesetzbuches[47]).

Man kann aber auch nicht das Kriterium darin finden, auf wessen Namen das Geschäft betrieben wird[48]). Wenn Müller Inhaber der Firma Gottfried Schulze ist, welch' letzterer das früher von ihm unter seinem Namen betriebene Geschäft mit der Firma an Müller übertragen hat und von seinen Renten lebt, so ist nicht Schulze, auf dessen Namen das Geschäft betrieben wird, sondern Müller, dessen Name möglicher Weise im ganzen Geschäftsbetriebe nicht vorkommt, Kaufmann.

Es hat deshalb lediglich darauf anzukommen, wer rechtlich den Gegenkontrahenten gegenüber Forderung und Verpflichtung aus dem Geschäfte überkommt; denn dieser ist es, welcher vom rechtlichen Standpunkte aus die Geschäfte betreibt. Vor dem Gesetze kommt kein anderer Betrieb als derjenige in Betracht, welcher die Rechtsfolgen nach sich zieht[49]).

---

43) Dies lehrten schon die italienischen Praktiker; vgl. Goldschmidt S. 452 Note 7.

44) Der Handlungsgehülfe ist ohnehin kein Kaufmann, weil er das Geschäft nicht betreibt, sondern nur in demselben hilft; vgl. Auerbach im Archiv für Wechselrecht Bd. 11 S. 78; **ROHG.** Bd. 23 S. 148 (bez. der in einer Firma angestellten Agenten).

45) Also auch nicht die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft, die Vorstände einer Aktiengesellschaft u. s. w.; vgl. Goldschmidt S. 454; Bolze Bd. 9 Nr. 230.

46) So auch Staub § 1 zu Art. 4 (Seite 6 lit. a).

47) Die frühere Doktrin nahm dies nicht an; vgl. Goldschmidt S. 452 Note 7. Immerhin muß aber unter Umständen auch zwischen Geschäfts-Eigenthum und -Ausübung unterschieden werden; s. das im Texte unter lit. a bei Note 50—53 Bemerkte; vgl. auch handelsappellgerichtl. Entsch. Bd. 3 S. 7 u. S. 10 Note 2.

48) So z. B. Gareis-Fuchsberger Note 7 zu Art. 4. Der offene Gesellschafter, welchen Goldschmidt als Kaufmann anerkennt, betreibt das Handelsgewerbe nicht auf seinen Namen; doch kann man, wie S. 469 scharfsinnig bemerkt ist, allerdings sagen, die Firma der offenen Gesellschaft vertrete eben die Namen aller Gesellschafter. Vgl. zu der Frage, ob und wieweit der Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft für seine Person als Kaufmann anzusehen sei, die Erörterungen unter Ziff. 2 zu Art. 5.

49) Vgl. **RG.** Bd. 19 S. 197. Wie dort zutreffend ausgeführt ist, liegt der

Es werden hienach insbesondere die Fälle der Verpachtung eines Geschäftes und der Betrieb durch gesetzliche Vertreter sich unterscheiden lassen.

a) Daß der Pächter eines Handelsetablissements als Kaufmann im Sinne des Gesetzes anzusehen ist, unterliegt keinem Zweifel; denn derselbe betreibt gewerbemäßig Handelsgeschäfte und zwar nicht als Bevollmächtigter eines anderen, sondern unter eigenem Namen und für eigene Rechnung; er tritt allen Kunden als Kontrahent gegenüber. Der Verpächter schließt zwar, indem er das Etablissement verpachtet, ein Handelsgeschäft ab[50]); allein da nicht er die Handelsgeschäfte, in welchen der Betrieb des Etablissements besteht, abschließt, so wird er durch diesen einen Akt nicht zum Kaufmanne[51]).

Sollte er daher auch z. B. für das Etablissement bewegliche Sachen anschaffen, so sind die desfallsigen Geschäfte keine Handelsgeschäfte[52]); dagegen aber wohl, wenn der Pächter solche Anschaffungen macht. Anders stellt sich natürlich die Sache, wenn der Pächter das Handelsgewerbe im Namen des Verpächters in der Art ausübt, daß dieser aus dem Geschäftsbetriebe rechtlich verhaftet wird[53]).

b) Schwieriger ist die Frage hinsichtlich der Ausübung eines Handelsgewerbes durch gesetzliche Vertreter[54]) zu entscheiden.

Die Einen erklären den Bevormundeten[55]), die Anderen den Vormund[56]), die Dritten keinen von beiden als Kaufmann. Die erste Ansicht dürfte als die richtige anzusehen sein[57]). In dem Eigenthümer des Geschäftes finden sich die Momente des rechtlichen Betriebes des Gewerbes, wenn er gleich faktisch am Betriebe nicht Theil nimmt; es ist offenbar einerlei, ob das Geschäft von einem durch den Eigenthümer oder wenn derselbe z. B. geisteskrank wäre, durch seinen

---

Grund dafür nicht in den Grundsätzen über die Wirkungen des dolus, sondern darin, daß bei Inkongruenz der inneren und äußeren Seite eines derartigen Rechtsverhältnisses dieses in Betreff der äußeren Seite entsprechend dem mit Einwilligung des Vertretenen Kundgegebenen als bestehend erachtet werde.

50) Vgl. Goldschmidt, Handbuch § 57 Note 40. Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen in Bayern Bd. 2 S. 120.

51) Es bedarf kaum der Bemerkung, daß, wenn der Verpächter etwa zugleich für sich ein anderweitiges Handelsgewerbe betreibt, die Argumentation nicht Platz greift, z. B. der Bierbrauer, welcher eine ihm gehörige Wirthschaft verpachtet hat, ist als Bierbrauer immerhin Kaufmann.

52) Vgl. die Entscheidung in der Sammlung handelsgerichtl. Entsch. Bd. 1 S. 547.

53) Derartiges kommt mitunter vor; der Pächter stellt Rechnung und gibt von dem Ertrage eine Quote als Pachtschilling ab. Vgl. ROHG. Bd. 21 S. 306: Ein Betrieb durch den Pächter eines Handelsgeschäfts ist anzunehmen, wenn durch die Verpachtung der Gebrauch der Firma dem Pächter auf gewisse Zeit überlassen, also bewirkt werden soll, daß die namens der Firma geschlossenen Geschäfte auf Rechnung des Pächters gehen, d. h. Dieser für die Dauer der Pachtzeit Inhaber der Firma wird.

54) Hinsichtlich der juristischen Personen s. oben Ziff. 4 lit. e.

55) Z. B. Goldschmidt S. 453; Behrend § 33 zu Note 10; Puchelt Note 9 zu Art. 4.

56) Wenigstens unter besonderen Umständen, vgl. Brix a. d. HGB. (1864) S. 16.

57) Vorausgesetzt ist übrigens, daß das Handelsgewerbe nicht nur im Interesse des Bevormundeten, sondern in der Weise geführt wird, daß nach außen der Bevormundete, nicht aber der Vormund als der Inhaber des Geschäftes erscheint; wäre letzteres der Fall, so müßte der Vormund als Kaufmann anzusehen sein. (S. oben zu Note 49; vgl. Staub S. 6 lit. a Abs. 4; Gareis, Lehrbuch § 15.)

gesetzlichen Vertreter, welcher dessen Person repräsentirt, aufgestellten Prokuristen geführt wird; ist dieses aber der Fall, dann kann es rechtlich auch keinen Unterschied machen, daß etwa der Kurator das Geschäft selbst leitet[58].

7) Dauer der Kaufmannseigenschaft.

Sobald eines der in Art. 4 aufgestellten Erfordernisse in Wegfall kommt[59], hört die Kaufmannseigenschaft auf. Für die Annahme, es betreibe Jemand nicht mehr gewerbemäßig Handelsgeschäfte, genügt aber nicht eine vorübergehende Einstellung des Betriebs, es müssen vielmehr die Umstände dafür sprechen, daß die betr. Person den Betrieb auch fernerhin nicht fortsetzen werde[60]. Die Eröffnung des Konkursverfahrens bringt das Aufhören der Kaufmannsqualität nicht nothwendig mit sich, nämlich dann nicht, wenn der Gemeinschuldner, welcher ja durch die Konkurseröffnung die Handlungsfähigkeit nicht verliert, auch nach derselben noch fortfährt, Handelsgeschäfte zu betreiben[61]. Wer sich auf die Kaufmannseigenschaft eines Anderen beruft, muß dafür Beweise erbringen. Eine rechtliche Vermuthung der Art, daß derjenige, welcher einmal Kaufmann geworden ist, dies auch geblieben sei, besteht nicht[62]. Es kann aber nach den Umständen des Falles immerhin eine faktische Vermuthung für die Fortdauer des einmal vorhandenen Zustandes sprechen, so daß Derjenige, welcher die Kaufmannseigenschaft bestreitet, das Aufhören derselben darthun muß[63].

Art. 5.

Die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen gelten in gleicher Weise in Betreff der Handelsgesellschaften, insbesondere auch der Kommanditgesellschaften auf Aktien und der Aktiengesellschaften.

Dieselben gelten auch in Betreff der öffentlichen Banken in den Grenzen ihres Handelsbetriebes, unbeschadet der für sie bestehenden Verordnungen.

Pr. E. Art. 3. I. E. Art. 3. II. E. Art. 4. Pr. S. 538 ff., 1258 ff.

---

58) Vgl. über die Ausübung des Kaufmann-Gewerbes durch einen Minderjährigen v. Völderndorff in Endemann's Hdb. Bd. 1 §§ 33—36; Behrend § 33.

59) Nicht nur, wie Puchelt Note 12 zu Art. 4 meint, wenn alle gesetzlichen Voraussetzungen wegfallen.

60) ROHG. Bd. 1 S. 63, Bd. 8 S. 47.

61) ROHG. Bd. 13 S. 152. Mit Recht nimmt Staub § 5 an, daß die Fortführung des Geschäfts durch den Konkursverwalter dem Gemeinschuldner die Kaufmannseigenschaft nicht erhalte. Ueber die Frage, welchen Einfluß der Eintritt der Liquidation auf die Kaufmannseigenschaft eines Theilhabers einer offenen Handelsgesellschaft habe, s. d. Bemerkungen zu Art. 5 unter Ziff. 2.

62) ROHG. Bd. 13 S. 152, Bd. 17 S. 169.

63) ROHG. Bd. 19 S. 37. Im gegebenen Falle war der Beklagte bis zur Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen Banquier, also Kaufmann. Es wurde, weil eben die Konkurseröffnung an und für sich das Aufhören der Kaufmannseigenschaft nicht mit sich bringt, angenommen, daß bis zum Beweise des Gegentheils für die Fortdauer dieser Eigenschaft eine faktische Vermuthung spreche.

1) Der Preußische Entwurf hatte in seinem Artikel 87 den Satz ausgesprochen:

Jede Handelsgesellschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten und ihr besonderes Vermögen;

und nachdem, wie die Motive (S. 8) besagen, hiedurch die Handelsgesellschaften als selbständige Handelspersonen anerkannt waren, mußten dieselben den Einzelkaufleuten gleichgestellt werden.

Bei den Berathungen wurde einerseits hervorgehoben, daß, nachdem die Auffassung gehoben sei, als ob die Handelsgesellschaften juristische Personen seien, auch die vorgeschlagene Gleichstellung derselben mit den Einzelkaufleuten unhaltbar erscheine; andererseits wurde es für unnöthig erklärt, besonders auszusprechen, daß die Bestimmungen über die Kaufleute dadurch nicht unanwendbar werden, daß der Kaufmann[1]) sein Geschäft in Verbindung mit einem oder einigen anderen Kaufleuten oder mit einem stillen Gesellschafter betreibe[2]). Allein mit Recht wurde eingewandt, daß eine derartige Bestimmung immerhin nothwendig erscheine, weil z. B. die Aktionäre einer Aktiengesellschaft, die Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft keineswegs immer Kaufleute seien. Diese Auffassung behielt schließlich die Oberhand.

Nach der ursprünglichen Fassung des vorstehenden Artikels sollten die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen auf Aktiengesellschaften nur insoweit Anwendung finden, als der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht. Da nun aber nach dem Gesetze vom 11. Juni 1870 die Kommanditaktien- und die Aktiengesellschaften ohne Rücksicht darauf, ob sie Handelsgeschäfte betreiben, als Handelsgesellschaften gelten (Art. 174 und 208 i. d. Fassung des Ges. v. 11. Juni 1870), kam auch in Art. 5 jene Einschränkung in Wegfall (vgl. § 1 des alleg. Ges.).

2) Die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen gelten auch in Betreff der Handelsgesellschaften[3]). Nicht in Betreff der Handelsgesellschafter; das heißt: die Gesellschaft als solche, als das wirthschaftlich selbständige Verkehrswesen, welches sie ist, hat alle Rechte und Pflichten eines Kaufmannes. Die Gesellschaft muß mit ihrer Firma im Handelsregister eingetragen, das Gesellschaftsvermögen muß beim Beginne des Gewerbes und jedes Jahr inventirt und bilanzirt, es muß über das Gesellschaftsvermögen Buch geführt werden. Es gelten aber für dieses handelsrechtliche Subjekt auch alle anderen hinsichtlich der Kaufleute gegebenen Vorschriften; die Gesellschaft

---

1) Wenn der Fiskus oder eine sonstige juristische Person als Gesellschafter auftritt, ändert dieses Nichts, vgl. Art. 4 Bemerk. Nr. 4 a. E.

2) Immer wird hiebei natürlich vorausgesetzt, daß das Geschäft ein kaufmännisches, die Gesellschaft eine Handelsgesellschaft sei; ob eine Gesellschaft unter den Art. 5 falle, hängt demgemäß lediglich von Entscheidung der Frage ab, ob sie als Handelsgesellschaft nach Maßgabe des Buches II angesehen werden könne.

3) Als solche kommen nur die im 2. Buche des HGB. behandelten Vereinigungen, ferner die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (vgl. § 13 d. Ges. v. 20. April 1892), nicht aber die stille Gesellschaft und die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung (3. Buch) in Betracht. Die Genossenschaften sind zwar gemäß § 17 des Ges. v. 1. Mai 1889 Kaufleute, nicht aber Handelsgesellschaften. (Vgl. Puchelt Anm. 2; Behrend § 61.)

kann kaufmännische Zinsen nehmen, sie kann sich zu einer unbeschränkten Konventionalstrafe verpflichten, sie kann für geleistete Dienste auch ohne Verabredung Vergütung fordern, es steht ihr das kaufmännische Pfand- und Retentionsrecht zu u. s. w.

Auf die Mitglieder der Gesellschaft als solche bezieht sich, wie erwähnt, der Artikel nicht; dadurch allein, daß Jemand Theilhaber einer Handelsgesellschaft ist, wird er nicht als ein Kaufmann geachtet. Bei der offenen Handelsgesellschaft kommt dieser Unterschied allerdings nicht vor; denn wenn auch der eine Gesellschafter von der Geschäftsführung der Gesellschaft völlig ausgeschlossen ist, so wird er doch aus den Geschäften berechtigt und verpflichtet; er betreibt deshalb und vermöge der Begriffsbestimmung des Art. 85 das kaufmännische Gewerbe zugleich mit, weil er eben Gesellschafter ist[4]). Anders verhält es sich bei der Kommanditgesellschaft[5]). Zwar erscheint auch hier vermöge der Vorschrift des Art. 150 der Kommanditist als Mittheilhaber des Handelsgeschäftes und des Handelsnamens (Prot. S. 1099); allein das Gesetz sagt hier nur, daß das Gewerbe unter einer gemeinschaftlichen Firma betrieben werde, nicht, daß die Theilhaber es unter einer gemeinschaftlichen Firma betreiben. Das Geschäft wird vielmehr nur von den persönlich haftenden Gesellschaftern betrieben, der Kommanditist ist nur mit Vermögenseinlage betheiligt; nicht er für seine Person wird berechtigt und verpflichtet, sondern es haftet nur seine Einlage. Da nun Art. 4 den Betrieb eines kaufmännischen Gewerbes zum Begriffe des Kaufmannes erfordert, so folgt, daß der Kommanditist dadurch allein, daß er mit einer Vermögenseinlage bei dem Betriebe eines kaufmännischen Gewerbes sich betheiligt, noch nicht zum Kaufmanne wird[6]).

3) Daß der Betrieb der Bankiergeschäfte nicht deshalb aufhört, ein kaufmännisches Geschäft zu bilden, weil eine Gesellschaft oder Korporation dieses Gewerbe öffentlich, etwa unter dem Schutze besonderer Privilegien, betreibt, ist selbstverständlich. Der Absatz 2 des vorstehenden Artikels soll aber insbesondere die von dem Staate selbst betriebenen Bankiergeschäfte treffen. Denn wenn es

---

4) Ebenso Auerbach S. 28; Goldschmidt S. 469; ROHG. Bd. 3 S. 434; Puchelt Anmerkung 10 zu Art. 4; Makower Note 2 zu Art. 4; a. M. die bei Goldschmidt Note 37 Citirten; nach einer mittleren Meinung — v. Hahn, § 3 zu Art. 4; ROHG. Bd. 14 S. 281, Bd. 16 S. 380 — soll der einzelne Gesellschafter nur für das Gesellschaftsgewerbe, nicht aber für seine davon unabhängigen vereinzelten Handelsgeschäfte Kaufmann sein; vgl. auch ROHG. Bd. 14 S. 210, woselbst die Frage, wie weit sich die kaufmännische Eigenschaft des socius erstrecke, unentschieden gelassen ist. — Durch den Eintritt der Liquidation der offenen Handelsgesellschaft wird die Kaufmannsqualität, welche den Theilhabern für ihre Person zukommt, noch keineswegs aufgehoben. ROHG. Bd. 23 S. 144; a. M. Staub § 5 zu Art. 4; vgl. auch ROHG. Bd. 13 S. 224 (Prokura können die Gesellschafter für die Firma in Liquidation nicht bestellen).

5) Vgl. Prot. S. 1259.

6) Dadurch, daß eine Frau mit Vermögenseinlagen sich an einem kaufmännischen Geschäfte betheiligt, wird sie nicht zur Handelsfrau (vgl. Prot. S. 888); dagegen kann sie sich hinsichtlich ihrer Einlagen auf die Privilegien ihres Geschlechtes nicht berufen. Vgl. Art. 6 Abs. 3. Es bedarf kaum einer Hervorhebung, daß der Komplementar einer Kommanditgesellschaft ebenso wie der Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft, Kaufmann ist; vgl. Puchelt a. a. O.

auch an sich zweifellos ist[7]), daß die Vorschriften des Handelsgesetzbuches auch auf den Staat Anwendung finden müssen, wenn für dessen Rechnung Handelsgeschäfte betrieben werden, so kann es doch, weil die Staatsmonopole dem öffentlichen Rechte angehören, zweifelhaft erscheinen, ob auf die mit Verwaltung solcher Monopole beauftragten Personen die Vorschriften über Prokuristen u. s. w. anzuwenden sind[8]).

Man besorgte ferner, daß es hinsichtlich der Banken mitunter sehr zweifelhaft bleiben könnte, welche Eigenschaft ihnen innewohne, da ihr Geschäft in manchen Staaten vornehmlich in einer mit dem Handelsrechte nicht zusammenhängenden Thätigkeit, z. B. in Annahme von Depositen in Prozessen oder für Mündel u. s. w. besteht; deshalb hielt man eine spezielle Erwähnung derselben für nothwendig, ohne daß jedoch hieraus, wie sich aus der zu Art. 4 gegebenen Erörterung ergibt, per argumentum a contrario die Ausschließung anderer Staatsanstalten gefolgert werden dürfte[9]).

Art. 6.

Eine Frau, welche gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt (Handelsfrau), hat in dem Handelsbetriebe alle Rechte und Pflichten eines Kaufmannes.

Dieselbe kann sich in Betreff ihrer Handelsgeschäfte auf die in den einzelnen Staaten geltenden Rechtswohlthaten der Frauen nicht berufen.

Es macht hiebei keinen Unterschied, ob sie das Handelsgewerbe allein oder in Gemeinschaft mit Anderen, ob sie dasselbe in eigener Person oder durch einen Prokuristen betreibt.

Pr. E. Art. 4. I. E. Art. 4. II. E. Art. 5. Prot. S. 15 ff., 886.

---

7) Man hat hiegegen irrigerweise eingewendet, der Fiskus könne als solcher weder Vergehen, noch quasi Vergehen begehen, daher sei bei ihm die mit Ordnungsstrafen befohlene Befolgung der handelsgesetzlichen Vorschriften nicht erzwingbar. Vgl. Busch Archiv Bd. 3 S. 409.

8) Vgl. überhaupt oben zu Art. 4 Nr. 4 lit. e.

9) Prot. S. 1260. Vgl. Staub § 2 zu Art. 5. Nicht nur die Hypotheken- und Wechselbank in München, sondern auch die kgl. bayerische Bank zu Nürnberg ist in das Handelsregister eingetragen; dagegen hat das Oberlandesgericht zu Wien (Busch Archiv Bd. 3 S. 61) mit Ungrund (vgl. Stubenrauch in der allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung von 1863 S. 549) die Eintragung der österreichischen Nationalbank abgelehnt. Bezüglich der Reichsbank verordnet § 66 des Bankgesetzes v. 14. März 1875, daß die Bestimmungen des HGB. über die Eintragung in's Handelsregister und die rechtlichen Folgen derselben keine Anwendung finden. — Ueber die seiner Zeit bestrittene Frage betr. die Pflicht zur Eintragung der preußischen Bank s. Busch Archiv Bd. 1 S. 388, Bd. 30 S. 262; Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 20 S. 599; Auerbach S. 39.

1) Frau.

Jede Person weiblichen Geschlechtes, sei sie ledig, verheirathet oder Wittwe, welche Handelsfrau ist, fällt unter die Bestimmungen dieses Artikels; für Ehefrauen gelten nur noch weiter die Vorschriften der Art. 7 und 8.

2) Gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt.

Die sämmtlichen Momente, welche den Mann zum Kaufmanne machen und welche in Art. 4 näher erläutert sind, machen die Frau zur Handelsfrau; es bedarf keiner weiteren Thatsache, als der Ausübung des Gewerbes[1]), insbesondere auch bei der Frau nicht einer ausdrücklichen Erklärung, Handelsfrau sein zu wollen, oder des Eintrages in das Handelsregister[2]).

Selbstverständlich wollte das Gesetz die Frau nicht besser stellen als den Mann, so daß auch sie den Vorschriften über Minderjährigkeit, väterliche Gewalt ꝛc., unterworfen ist[3]).

3) In dem Handelsbetriebe.

Der Preußische Entwurf hatte sich des Ausdruckes bedient: in ihrem Handelsbetriebe. Hieraus wollte gefolgert werden (Prot. S. 887), daß eine Handelsfrau nur bezüglich derjenigen Geschäfte, welche dem von ihr betriebenen Handelsgewerbe angehörten, dem Kaufmanne gleichgestellt sei, indem nur diese ihr[4]) eigentlich bewilligt seien. Allein diese Auslegung wurde als irrig erachtet und deshalb der gegenwärtige Ausdruck gewählt, welcher aussprechen soll (Prot. S. 889), daß die Gleichstellung der Handelsfrau mit dem Kaufmanne ganz allgemein und ohne Rücksicht auf den Geschäftskreis eines gewissen Handelsgewerbes einzutreten habe.

Wenn demnach eine Frau z. B. das Gewerbe einer Putzmacherin betreibt, so ist sie nicht nur in Betreff der Einkäufe der benöthigten Bänder, Stoffe, Spitzen u. s. w. als Handelsfrau zu behandeln, sondern wenn sie etwa nebenbei an einem Hopfenspekulationsgeschäfte sich betheiligen oder für ein in der Nähe ihres Wohnortes stattfindendes militärisches Lager die Lieferung der zur Menage benöthigten Lebensmittel übernehmen würde, so wäre sie auch hinsichtlich dieser Geschäfte, (deren alleinige Uebernahme sie selbstverständlich noch nicht zur Handelsfrau gemacht hätte,) als Handelsfrau zu behandeln und allen Rechten und Pflichten eines Kaufmannes unterworfen.

---

1) Durch Betheiligung an einem einzelnen Gewinngeschäfte, Einschuß eines Kapitals in einen Handelsbetrieb als Kommanditistin oder stille Gesellschafterin, durch Theilnahme an einer Aktiengesellschaft, durch Offenhaltung einer Handlung, welche zu einer cum beneficio legis et inventarii angetretenen Erbschaft gehört, wird ein Frauenzimmer nicht Handelsfrau. Brinkmann § 18; Staub S. 10 Nr. 1; a. M. bezüglich der Einlagen der Frau als Kommanditistin und stillen Gesellschafterin Puchelt Anm. 5. Vgl. auch Prot. S. 890. Ob die Ehefrau, deren Ehemann im Geschäfte thätig ist, das Handelsgewerbe betreibt, ist Frage des einzelnen Falles. (Vgl. handelsappellgerichtl. Entsch. Bd. 3 S. 7, ferner die Bemerkungen Nr. 6 zu Art. 4).

2) Die bei Hahn § 10 erörterte Frage hinsichtlich der Zustimmung des Geschlechtsvormundes ist für Preußen wie für Bayern, da hier eine Cura sexus nicht mehr besteht, ohne Bedeutung.

3) Vgl. Staub S. 10 Nr. 1 zu Art. 6.

4) Insbesondere, wenn sie Ehefrau sei, durch die Zustimmung des Mannes zum Handelsbetriebe.

Eine Handelsfrau ist insbesondere auch bei Vornahme aller in Art. 272 aufgeführten Geschäfte eben so selbständig, wie im Betriebe ihres speziellen Handelsgewerbes; es kann sich z. B. die Inhaberin eines Spezereiladens auf die weiblichen Rechtswohlthaten nicht berufen, wenn sie etwa nebenbei eine Partie Seidenwaaren in Kommission zum Verkaufe übernommen hat.

Eben deshalb unterliegt es auch keinem Zweifel, daß die Bestimmungen der Art. 273 und 274 auf die Handlungen einer Handelsfrau Anwendung finden, daß die von ihr geschlossenen Verträge im Zweifel als Hülfsgeschäfte anzusehen sind, daß die von ihr zum Gewerbsbetriebe bewirkte Anschaffung beweglicher Sachen als Handelsgeschäft gilt[5]).

4) In Betreff ihrer Handelsgeschäfte (Abs. II).

Dadurch, daß eine Frau ein Handelsgewerbe betreibt, verändert sich an und für sich ihre rechtliche Stellung nicht. Sie genießt im Allgemeinen nach wie vor die Privilegien, mit welchen die Gesetze das weibliche Geschlecht vor Uebervortheilung und Verleitung zu schwierigen Geschäften schützen wollen; insbesondere aber sind ihre Bürgschaften nur unter gewissen Umständen und wenn sie in einer gewissen Form abgegeben werden, gültig und rechtswirksam[6]); sie kann sich auf Grund des Senatusconsultum Vellejanum und der Authentica si qua mulier schützen[7]).

Allein diese Hülfsmittel passen nicht zu dem strengen, auf Treue und Glauben beruhenden Rechte des Verkehrs; wer in diesen eingreift, wer im Handel thätig ist, der muß auch dessen Verbindlichkeiten im vollen Maße auf sich nehmen. Insoweit daher die Frau als Handelsfrau auftritt, tritt sie selbst aus dem Kreise des „schwachen Geschlechtes" heraus, und dann wird sie dem Kaufmanne gleich behandelt; sie muß für die aus Handelsgeschäften übernommenen Verpflichtungen mit ihrer Person haften; ihre Bürgschaften, sofern sie Handelsgeschäfte sind, bedürfen keiner besonderen Form[8]).

Es fragt sich nun, wie verhält sich zu diesem Satze der Art. 317 des HGB.? Nachdem in diesem Artikel die Gültigkeit der Handelsgeschäfte durch schriftliche

---

5) Im Bereich der Vermuthung des Art. 274 liegt auch die Bürgschaft Seitens einer Handelsfrau, mag sie für den Ehemann oder für einen Dritten übernommen worden sein. Bis zum Nachweise des Gegentheils muß dieselbe als im Hinblick und mit Bezug auf das Handelsgewerbe eingegangen erachtet werden (ROHG. Bd. 9 S. 172). Hat sich aber eine Handelsfrau erweislich in einer ihrem Handelsbetriebe völlig fern stehenden Angelegenheit (z. B. für Börsenspekulationen ihres Sohnes) verbürgt, so ist die Bürgschaft als eine nicht handelsgeschäftliche insoweit ungültig, als das bürgerliche Recht Interzessionen von Frauen für unwirksam erklärt (ROHG. Bd. 20 S. 400; vgl. das im Texte zu Nr. 4 Bemerkte und die folgende Note).

6) Das Vorrecht, ohne Geschlechtsvormund vorgenommene Handlungen nachträglich anfechten zu dürfen, besteht in Preußen wie in Bayern ohnehin nicht mehr.

7) Auch in dieser Beziehung ist die Bedeutung der Vorschrift des Art. 6 eine geringe; die besonderen Rechtswohlthaten, deren die Frauen bei Interzessionen genossen haben, sind in Preußen durch Gesetz vom 1. November 1869 und in Bayern durch Gesetz vom 14. Januar 1871 aufgehoben.

8) Vgl. auch § 11 der Gewerbeordnung, wonach sich Frauen in Betreff der Geschäfte aus ihrem Gewerbebetriebe auf die Rechtswohlthaten der Frauen nicht berufen können, ohne Rücksicht darauf, ob diese Geschäfte Handelsgeschäfte sind.

Abfassung oder andere Förmlichkeiten nicht bedingt ist, könnte man schließen, daß die Bürgschaften der Frauen nicht blos, wenn die Bürgschaftsübernahme selbst ein Handelsgeschäft ist, sondern auch, wenn die Bürgschaft für eine Handelsschuld übernommen wird, an die besonderen partikularrechtlichen Formen nicht gebunden sei. Allein mit Unrecht; vorerst ist zwar das Rechtsverhältniß aus der Bürgschaft für eine Handelsschuld eine Handelssache — die Uebernahme als solche aber ist nicht schon deshalb ein Handelsgeschäft, weil für eine Handelsschuld gebürgt wird[9]). Dann aber geht schon aus dem Umstande, daß der Abs. 2 des Art. 6 als nöthig erachtet und in das Gesetzbuch aufgenommen wurde, hervor, daß die Anfechtbarkeit des Rechtsaktes der Interzession nicht unter Art. 317 zu subsumiren ist. Es wird also insbesondere die Ehefrau, welche ihrem Manne lediglich Beihülfe im Geschäfte leistet, wenn sie die von demselben im Handelsgewerbe gezeichneten Schuldscheine mitunterschreibt, immerhin noch der ihr nach den einzelnen Partikularrechten zustehenden Einreden sich bedienen können[10]).

5) Es macht hiebei keinen Unterschied (Abs. III).

Das Preußische Landrecht (Th. II Tit. 8 § 492, 495) und mit ihm übereinstimmend eine Anzahl bedeutender Rechtslehrer[11]) stellten den Satz auf, daß eine Handelsfrau, welche ihr Geschäft durch einen Faktor führen lasse, für ihre Person weder die Rechte noch Verbindlichkeiten eines Kaufmannes habe, so wie, daß eine Frau, welche in eine Sozietätshandlung tritt, nur dann als Handelsfrau gelten solle, wenn verabredet und bekannt gemacht ist, daß sie der Handlung mit vorstehen werde. Diese Bestimmungen hat das Handelsgesetzbuch als „der inneren Begründung entbehrend“[12]) geändert. Daß die Eigenschaft der Handelsfrau nicht davon abhängt, ob sie selbstthätig im Gewerbe mitwirkt, dafür sprechen die hinsichtlich des Kaufmannes in dieser Richtung gegebenen Erörterungen[13]).

Aber auch wenn sie mit einem Manne oder einer Frau oder mit ihrem Ehemanne in offene Handelsgesellschaft tritt, wird sie Handelsfrau, weil, wie oben gezeigt, jeder offene Gesellschafter Kaufmann ist; dagegen ist, wie in Note 1 bemerkt, die Kommanditistin, die stille Gesellschafterin, die Aktionärin als solche keine Handelsfrau.

---

9) Die nähere Ausführung in der Sammlung handelsgerichtl. Entscheidungen in Bayern Bd. 1 S. 488, vgl. das. Bd. 2 S. 230; handelsappellgerichtl. Entsch. Bd. 2 S. 363.

10) Im Allgemeinen ist jedoch aus Art. 317 zu schließen, daß eine Frau, auch wenn sie nicht Handelsfrau ist und auch auf ihrer Seite kein Handelsgeschäft vorliegt, dann, wenn das Geschäft auf Seite des anderen Kontrahenten ein Handelsgeschäft ist, sich auf besondere Formvorschriften nicht berufen kann. (Vgl. RG. Bd. 15 S. 20.)

11) So noch Thöl in der ersten Auflage seines Handelsrechtes vgl. § 50 Note 12.

12) Motive zum Pr. E. S. 9.

13) Es handelt sich eben bei ihr ebenso um die Definitionen von „gewerbemäßig“ und „betreiben“, wie beim Kaufmanne.

Art. 7.

Eine Ehefrau kann ohne Einwilligung ihres Ehemannes nicht Handelsfrau sein.

Es gilt als Einwilligung des Mannes, wenn die Frau mit Wissen und ohne Einspruch desselben Handel treibt.

Die Ehefrau eines Kaufmanns, welche ihrem Ehemanne nur Beihülfe in dem Handelsgewerbe leistet, ist keine Handelsfrau.

Pr. E. Art. 5 u. 7. I. E. Art. 5. II. E. Art. 6. Prot. S. 17 ff., 889 ff., 4508.

I. Ehefrau.

1) Die verheirathete Frau steht unter der Gewalt ihres Mannes, sie kann über ihr Vermögen regelmäßig nicht frei verfügen und ohne eheherrliche Zustimmung solche Handlungen nicht mit Rechtswirksamkeit vornehmen, durch welche ihr Vermögen oder ihre Person haftbar wird. Die Betreibung eines Handelsgewerbes ist nun offenbar eine Thätigkeit von hohem Wagnisse; die Frau, welche als Handelsfrau auftritt, setzt nicht nur ihr freies Vermögen ein, sondern sie kann unter Umständen auch dasjenige, was sie in die Ehe gebracht hat und woran dem Manne Rechte zustehen, und selbst das eigene Vermögen des Mannes in Mitleidenschaft ziehen. Es ist deshalb durchaus nothwendig, daß eine Ehefrau dieser erheblichen Haftung sich nicht unterziehen darf, ohne die Einwilligung des Ehemannes hiezu erlangt zu haben. Nachdem übrigens der Art. 7 Abs. 1 ganz allgemein diese Zustimmung vorschreibt, so muß die eheherrliche Zustimmung auch dann für erforderlich erachtet werden, wenn nach dem unter den Eheleuten geltenden Güterrechte der Mann an dem Vermögen der Frau gar keine Rechte haben und für die von der Frau eingegangenen Verbindlichkeiten in keiner Weise haften sollte[1]).

2) Das Gesetz sagt „Ehefrau", ohne eine Einschränkung zu machen. Eine gültige Ehe wird dabei natürlich vorausgesetzt[2]). Diejenige Frau, deren Ehe dem Gesetze gemäß aufgelöst ist[3]), fällt nicht unter den Artikel, denn sie ist rechtlich keine Ehefrau mehr. Ob dies auch für eine von Tisch und Bett geschiedene Ehefrau gelte, ist nach dem einschlägigen Civilrechte zu beurtheilen[4]).

---

1) In erster und zweiter Lesung waren, da nach österreichischen Gesetzen ein eheherrlicher Konsens bisher nicht erforderlich war, die „ein Anderes bestimmenden Landesgesetze" vorbehalten; in dritter Lesung wurde dieser Vorbehalt (ohne Angabe von Gründen) gestrichen (Prot. S. 4508).

2) Vgl. §§ 28 ff. des RG. v. 6. Febr. 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung; Ges. v. 4. Mai 1870 über Eheschließung im Auslande. (Bundesgesetzblatt S. 599.)

3) Bei der Auflösung der Ehe durch den Tod ist dies ohnehin selbstverständlich. Die Wittwe kann auch, wenn die Kinder an Stelle des Vaters die Gütergemeinschaft fortsetzen, ohne eine Erlaubniß (etwa von der Vormundschaftsbehörde) Handelsfrau werden. Bezüglich der Auflösung der Ehe durch gerichtliches Urtheil vgl. insbesondere § 77 des RG. v. 6. Febr. 1875.

4) Vgl. v. Hahn § 3 zu Art. 7; Puchelt Anm. 1 und die Citate dortſ.; ſ. auch § 77 Abſ. II des Geſ. v. 6. II. 75.

Dagegen bleibt die böslich verlassene Frau, die Frau, deren Mann geisteskrank, landesabwesend, im Strafvollzuge oder sonst an der Ertheilung des Konsenses gehindert ist, immerhin Ehefrau und es muß ihr überlassen bleiben, wenn sie ein Handelsgeschäft etabliren will, die Auflösung der Ehe zu erwirken, vorbehaltlich der besonderen landesgesetzlichen Bestimmungen über das Eherecht [5]).

3) Bei Berathung des Artikels in der ersten Lesung (Prot. S. 17) wurde auch die Frage berührt, ob dann, wenn der Ehemann den Konsens aus unstichhaltigen Gründen verweigere (oder nicht darum angegangen werden könne) eine Supplirung durch den Richter statthaft sei? Es wurde diese Frage von mehreren Seiten bejaht; eine ausdrückliche Bestimmung wurde aber nicht aufgestellt, vielmehr solches den Landesgesetzen überlassen.

Die Landesgesetze enthalten nun aber keine speziellen Bestimmungen über diese Frage. Zwar ist in einzelnen Partikularrechten die ausdrückliche Bestimmung enthalten, daß die Ehefrau, wenn der Ehemann seine Genehmigung zu einem bestimmten einzelnen Rechtsgeschäfte der Frau verweigert, sich mit einer Klage gegen den Ehemann an die Gerichte wenden kann, so namentlich im französischen Rechte (Code civil Art. 219), und es ist dieser Weg durch die Praxis häufig auch da eingeführt, wo keine ausdrückliche Bestimmung darüber besteht. Ganz verschieden hiervon ist aber die hier vorliegende Frage, bei welcher es sich nicht mehr um die Genehmigung einzelner bestimmter Geschäfte der Frau handelt, sondern um den Konsens des Ehemannes zur Errichtung eines selbständigen Handelsgewerbes, durch welches nicht blos das Vermögen der Ehefrau, sondern ihre ganze Persönlichkeit in Anspruch genommen wird. Die Frage ist also nicht blos eine vermögensrechtliche und ebenso wenig eine bloße Frage der Nützlichkeit oder Zweckmäßigkeit, sondern es ist eine Standesfrage, eine Frage dieser eheherrlichen Gewalt in rein persönlicher Hinsicht. Da nun, wie aus der Vergleichung der ersten Lesung des Art. 7 mit der zweiten und dritten hervorgeht, die eheherrliche Genehmigung eben deshalb im Gesetzbuche ganz allgemein vorgeschrieben worden ist, weil sie unabhängig von den verschiedenen vermögensrechtlichen Verhältnissen der Eheleute bestehen und als ein Ausfluß der eheherrlichen Autorität in persönlicher Hinsicht erscheinen soll, so wird die Frage, ob, wenn der Ehemann kraft seiner eheherrlichen Gewalt die Genehmigung zum Handelsgewerbe der Frau verweigert, diese Genehmigung durch die Gerichte ertheilt werden könne, verneint werden müssen. So auch Koch, Kommentar zu Art. 7, Anm. 14. Aber auch vom vermögensrechtlichen Gesichtspunkte aus wird man zu demselben Resultate gelangen, da dem Ehemanne gegen seinen Willen keinerlei Beeinträchtigung oder Beschränkung seiner Rechte durch eine gerichtliche Genehmigung des Handelsgewerbes der Frau auferlegt werden kann (HGB. Art. 8). Im französischen Rechte wird die Frage von der überwiegenden Mehrzahl der Schriftsteller ebenfalls verneint, so von Pardessus, Cours de dr. comm. I, n. 63; Massé, Dr. comm. III, n. 169; Anschütz zu Zachariä, Handbuch des franz. Civilrechts III § 472 Anm. 29; Marcadé zu Art. 220 des Code civil; Demolombe, Cours de Code civil IV, n. 248 [6]). Uebrigens schreibt

5) Vgl. Staub § 2; a. M. Behrend § 35.

6) Vgl. über das ausländische Recht betr. den Handelsbetrieb einer Ehefrau

auch das Preußische Landrecht II, 1, § 195, 196 vor: „Wider den Willen des Mannes darf die Frau für sich selbst kein besonderes Gewerbe treiben. Ohne des Mannes Einwilligung kann die Frau keine Verbindung eingehen, wodurch die Rechte auf ihre Person gekränkt werden." Auf welche Weise in den praktisch wichtigeren Fällen, in welchen der Mann sich unter einer der verschiedenen Arten der Bevormundung befindet und mithin seine Genehmigung in legaler Weise ersetzt werden muß, dieser Ersatz zu schaffen ist, entscheidet sich nach den Grundsätzen des Familien- und Eherechts.

Auch diejenigen Einführungsgesetze, welche die gerichtliche Ermächtigung der Ehefrau überhaupt erwähnen, lassen dieselbe mit alleiniger Ausnahme des österreichischen nur dann zu, wenn der Ehemann abwesend ist oder unter Vormundschaft (Kuratel) steht, nicht aber auch dann, wenn der Mann die Ermächtigung verweigert. So Baden Art. 6—8 (hier tritt die gerichtliche Ermächtigung allerdings auch bei Weigerung des Mannes ein, aber nur, wenn die Ehefrau von Tisch und Bett getrennt ist), Hannover Art. 3, Mecklenburg-Schwerin Art. 8, Mecklenburg-Strelitz Art. 8, Oldenburg Art. 3, Württemberg Art. 8 bis 10, Bremen Art. 3. Das Hamburger Einführungsgesetz Art. 5 erklärt die Einwilligung des Ehemannes für nicht erforderlich, wenn eine Trennung der Ehe von Tisch und Bett oder eine gerichtlich verkündete Auseinandersetzung des Vermögens unter den Ehegatten stattgefunden hat. Dagegen bestimmt das Oesterreichische Einführungsgesetz Art. 6 ganz allgemein, daß auf Ansuchen der Ehefrau die mangelnde Einwilligung des Mannes durch richterlichen Ausspruch ersetzt werden kann, wenn aus der amtlichen Verhandlung sich ergibt, daß durch den Handelsbetrieb der Ehefrau die Rechte des Mannes einer Gefährdung nicht ausgesetzt sind. Diese Ausnahmebestimmung erklärt sich aber wohl daraus, daß die eheherrliche Ermächtigung der Frau zum Handelsbetriebe in Oesterreich vor dem HGB. überhaupt nicht erforderlich war.

Die meisten dieser Einführungsgesetze schreiben übrigens die Eintragung der ehemännlichen Genehmigung als auch des Widerrufes in das Handelsregister vor [7]).

II. Kann nicht Handelsfrau sein.

Dieser Ausdruck umfaßt das Werden und das Bleiben, enthält also die Bestimmung, daß eine Handelsfrau, wenn sie heirathet, zum Fortbetreiben ihres Geschäftes der eheherrlichen Einwilligung bedarf, daß eine Ehefrau, wenn sie ein Handelsgeschäft beginnen will, dazu die Zustimmung ihres Mannes einzuholen hat, endlich, daß eine Ehefrau aufhören muß, das Handelsgewerbe zu betreiben, sobald der Mann den Konsens zurückzieht.

Erfolgt die Zurückziehung zu einer Zeit, wo die Auflösung des Geschäftes für die Frau von besonderem Nachtheile und mit Verlust begleitet sein würde (intempestive Kündigung), so kann sich die Frau an die ordentlichen Gerichte wen-

---

Behrend, Zusatz zu §§ 34, 35 Nr. I, speziell bezüglich des französischen Rechtes s. Puchelt, Anm. 3.

7) Näheres über die einschlägigen Bestimmungen der Einführungsgesetze s. b. Behrend, Zusatz III zu §§ 34, 35. Dieser Schriftsteller ist (s. Note 18 zu § 35) der kaum zu billigenden Ansicht, in Ermangelung besonderer Bestimmungen bedürfe die Frau dann, wenn das eheliche Leben durch Abwesenheit des Mannes u. dgl. dauernd oder zeitweise gelöst sei, keinerlei Autorisation zum Handelsbetriebe; vgl. dagegen Staub (§§ 1 u. 2).

den, welche nach Anhörung des Mannes eine angemessene Zeit für die Abwickelung des Geschäftes verordnen können[8]). Hievon abgesehen ist der Ehemann zur Zurückziehung seiner Einwilligung jederzeit berechtigt, ohne daß es der Angabe von Gründen für diese Entschließung bedürfte. Auch dann ist das Recht des Widerrufs nicht ausgeschlossen, wenn der Ehemann die Einwilligung im Heirathsvertrage ertheilt und dabei etwa sogar auf das Recht des Widerrufs ausdrücklich verzichtet hat[9]).

Wenn eine Ehefrau ohne Einwilligung des Mannes oder nach Zurückziehung derselben Handelsgeschäfte abschließt, so sind diese — abgesehen von der nach bürgerlichem Rechte für Rechtsgeschäfte der Ehefrauen überhaupt erforderlichen eheherrlichen Genehmigung — nicht ungültig. Soweit sie objektive Handelsgeschäfte sind (Art. 271), gelten sie auch als Handelsgeschäfte. Dagegen kann von subjektiven Handelsgeschäften in solchem Falle keine Rede sein, weil der Ehefrau in Ermangelung der Einwilligung des Ehemannes die Kaufmannseigenschaft fehlt[10]). Es tritt ferner die besondere Haftung des Vermögens der Ehefrau bezw. des gemeinschaftlichen Vermögens (Art. 8 Abs. II) dann, wenn die Frau ohne Einwilligung ihres Mannes Handelsgeschäfte abschließt, nicht ein.

Der Widerruf der Einwilligung hat das Aufhören der Eigenschaft der Ehefrau als Handelsfrau zur Folge; Handelsgeschäft und Firma erlöschen und gehen nicht ohne Weiteres auf den Ehemann als auf den Verwalter des ehefräulichen Vermögens über[11]).

Es erhebt sich nun aber weiter die Frage, in wie weit eine Zurückziehung des eheherrlichen Konsenses gegen Dritte wirksam sei. In der ersten Lesung (Prot. S. 18) wurde ausgesprochen, daß eine Zurückziehung des Konsenses nur nach deren gehöriger Veröffentlichung wirksam sein könne, auch sollte dies im Gesetze ausgedrückt werden. Es geschah dies aber nicht, und es wurden dafür folgende Gründe[12]) angeführt:

Von selbst verstehe sich, daß der Wille des Mannes, den der Ehefrau ertheilten Konsens zurückzuziehen, nicht schon dann gegen Dritte Wirkung haben könne, wenn er lediglich zwischen Mann und Frau ausgesprochen sei, daß es vielmehr dazu einer zur Kundmachung an das gesammte Publikum geeigneten Form bedürfe. Hiezu habe aber der Ehemann ausreichende Mittel, indem er z. B. den Laden der Frau schließen, die Zurückziehung seines Konsenses durch die Blätter verbreiten, die Streichung der Firma aus dem Handelsregister veranlassen könne; es sei deshalb für eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung kein Bedürfniß vorhanden; insbesondere würde die Eintragung des Widerrufes im Handelsregister gegenüber

---

8) Nur dieses lehren Pardessus I, n. 64 und Massé, Droit comm. III, p. 171, auf welche sich Mittermaier, deutsches Privatrecht Bd. 2 § 536 Anm. 24, und Brinkmann, Handelsrecht S. 47 Anm. 9 für den viel zu allgemeinen Satz berufen: Gegen grundlose Zurücknahme kann die Frau sich an die Gerichte wenden. Eine Ungültigkeitserklärung der Zurücknahme des ehemännlichen Konsenses und Autorisation der Frau zur Fortsetzung des Geschäftes für immer kann vom Gerichte aus den im Texte angeführten Gründen nicht ausgesprochen werden.

9) RG. Bd. 27 S. 4.

10) Vgl. Goldschmidt § 43 N. 4.

11) RG. Bd. 27 S. 6.

12) Prot. S. 888 ff.

dem thatsächlichen Fortbetriebe des Geschäftes durch die Ehefrau ohne Bedeutung sein müssen [13]).

Als Prinzip wird man aufstellen können, daß auch hier analog die Grundsätze des Art. 25 Abs. 2 und 3 zur Anwendung zu kommen haben.

III. Einwilligung des Mannes.

Für die Ertheilung des Konsenses von Seiten des Ehemannes ist im Gesetze eine besondere Form nicht vorgeschrieben und es muß auch der Konsens nicht etwa im Handelsregister eingetragen werden, außer wenn dieses in einem Einf.-Gesetze vorgeschrieben ist [14]). Dagegen kann der Eintrag der von einer Ehefrau angemeldeten Firma nicht erfolgen, ohne daß sich der das Handelsregister führende Richter zuvor von der Existenz der eheherrlichen Zustimmung überzeugt hat [15]). Da aber diese auch stillschweigend ertheilt werden kann, so bedarf es nicht etwa einer Vorladung des Ehemannes, sondern es genügt die Notifikation an denselben, und muß es ihm überlassen bleiben, etwa Einsprache zu erheben [16]).

IV. Mit Wissen und ohne Einspruch. (Abs. II.)

Die stillschweigende Einwilligung des Ehemannes in den Geschäftsbetrieb der Ehefrau liegt dann vor, wenn der Mann weiß, daß seine Frau ein Handelsgewerbe betreibt und ihr dies nicht verbietet [17]).

Was das Wissen anlangt, so wird diesem allerdings (wie Hahn bemerkt) das Wissenmüssen gleichzustellen sein; ist der Ehemann anwesend und der Handelsbetrieb der Ehefrau ist ein offenkundiger (z. B. sie hält einen offenen Laden oder bezieht Messen und Märkte), so muß der Ehemann regelmäßig als den Geschäftsbetrieb der Frau kennend angesehen werden; im entgegengesetzten Falle kann die Kenntniß des Mannes nicht ohne Weiteres angenommen werden [18]).

Was den Einspruch betrifft, so muß derselbe in einer dem Publikum erkenn-

---

13) Daß der Widerruf der Ermächtigung im Handelsregister eingetragen werden könne, wurde von der Mehrheit der Kommission verneint. Prot. S. 889. Bei Gesellschaften kann dies zwar mitunter das einzige Mittel sein, um dem Manne Schutz zu gewähren, denn wenn der Frau die Geschäftsführung in der Gesellschaft nicht zusteht, so ist eine thatsächliche Hinderung durch den Ehemann nicht möglich; allein die Firma im Register streichen zu lassen kann nicht ohne Weiteres dem Dritten (als solcher erscheint der Ehemann den anderen Gesellschaftern gegenüber) zustehen, wenn auch die Zurückziehung des Konsenses allenfalls unter Art. 123 Ziff. 3 subsumirt werden kann. Einzelne Einführungsgesetze haben aber die Eintragung der Genehmigung sowohl als des Widerrufes in das Register ausdrücklich vorgeschrieben und zugelassen (s. das bei Note 7 Bemerkte).

14) S. das im Texte bei N. 7 Bemerkte.

15) Vgl. Prot. S. 889.

16) Zeugenvernehmungen u. dgl. darüber, daß die anmeldende Ehefrau seither ohne Einsprache ihres Mannes das Geschäft betrieben habe, wird der Handelsrichter der Natur der Sache nach nicht vorzunehmen haben. Derselbe wird vielmehr die Einwilligung für die Regel vermuthen dürfen; vgl. Goldschmidts Zeitschrift Bd. 20 S. 613.

17) Als Hauptfall ist hervorzuheben, wenn ein Mann eine Handelsfrau heirathet, ohne daß dieselbe das Geschäft aufgibt (Preuß. LR. Thl. II Tit. 8 § 494); ein interessantes Beispiel findet sich im neuen Archiv für Handelsrecht Bd. 1 Nr. 11.

18) Ebenso Staub § 4, a. M. Behrend § 35 Nr. 3, Puchelt Anm. 7. Vgl. handelsappellgerichtl. Entsch. Bd. 3 S. 402 (Das Wissen muß aus den Umständen entnommen werden).

baren Weise erklärt sein. Am sichersten und zweckmäßigsten geschieht derselbe durch faktische Verhinderung der Ehefrau am Geschäftsbetriebe; aber es muß auch genügen, wenn z. B. der Ehemann die Firma im Handelsregister streichen läßt, oder in denjenigen öffentlichen Blättern, welche zur Veröffentlichung der Handelsnachrichten bestimmt sind (Art. 14), eine Bekanntmachung erläßt, oder Circulare versendet u. dgl.[19]) Daß der Ehemann ein Einschreiten gemäß Art. 26 Abs. II. hervorrufen kann, ist nicht zu bezweifeln.

V. Beihülfe in dem Handelsgewerbe leistet. (Abs. III.)

Das Gesetz erklärt nur diejenige Frau als Handelsfrau, welche das Handelsgewerbe selbständig ausübt. Eine Frauensperson kann bei dem Betriebe eines Handelsgewerbes Dienste leisten, sie kann das Geschäft vollständig leiten, z. B. indem sie Prokura besitzt, oder sie kann zum Unterpersonale gehören (Ladenmädchen[20]); in beiden Fällen wird sie durch ihre Thätigkeit noch nicht zur Handelsfrau. Im Allgemeinen ist dies eben so selbstverständlich, als daß eine Frau dadurch, daß sie einen Kaufmann heirathet, noch nicht zur Handelsfrau wird; sie wird durch die Eingehung der Ehe nur Frau eines Kaufmannes[21]). Wenn aber die Ehefrau sich in dem Handelsgewerbe ihres Mannes in einer der oben erwähnten Stellungen befindet, so könnte Zweifel entstehen und deshalb hat das Gesetzbuch die Frage ausdrücklich entschieden.

Es bestimmt nämlich das Gesetz, die Ehefrau des Handelsmannes werde dadurch, daß sie ihrem Ehemanne Beihülfe in seinem Geschäftsbetriebe gewährt, noch nicht zur Handelsfrau[22]); es finden demnach die Bestimmungen des Art. 6 und 7 auf sie keine Anwendung.

Dies gilt übrigens nur hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse der Ehefrau; die Frage, ob eine Ehefrau als Handelsfrau anzusehen sei und die Frage, inwieferne ihr eine Haftung für die Schulden des Geschäftes obliege und ihr eine Berechtigung, an dem etwaigen Gewinne theilzunehmen, zustehe, sind wesentlich verschieden und keineswegs zu vermischen. Diese letztere Frage ist nicht allein nach handelsrechtlichen Grundsätzen zu entscheiden, und hier kann allerdings die etwaige Beihülfe der Ehefrau im Geschäfte vom wesentlichsten Einflusse sein. Das Verhältniß der Ehefrau eines Kaufmannes zu den von ihrem Manne betriebenen Geschäften läßt sich nämlich im Allgemeinen in dreifacher Weise denken[23]).

1) Die Ehefrau kann von dem Geschäfte in vermögensrechtlicher Beziehung völlig getrennt bleiben; sie kann sich vertragsmäßig von Gewinn und Verlust des durch den Ehemann betriebenen Gewerbes ausschließen und ihm dasselbe allein überlassen[24]). In diesem Falle kommt es auf die persönliche Thätigkeit der Ehe-

---

19) Vgl. Behrend § 35 N. 6.

20) Nachdem die Wirthe als Kaufleute anzusehen sind, gehören hieher auch die Schenkmädchen, Kellnerinnen, weil diese zum Handlungs-Hülfspersonale gezählt werden müssen. Vgl. bayr. Samml. Bd. 3 S. 668.

21) Die frühesten Handels-Rechtslehrer unterscheiden bereits die uxor mercatoris von der femina mercatrix.

22) Dieser Satz des Art. 7 war auch bereits im Preußischen Landrechte Thl. II Tit. 8 § 496 ausgesprochen.

23) Vgl. Sammlung handelsger. Entscheid. in Bayern Bd. 1 S. 551.

24) Vorbehaltlich etwaiger partikularrechtlichen Vorschriften, nach welchen eine solche Nichtbetheiligung an besondere Formen geknüpft ist.

frau nicht weiter an; mag sie sich in das Geschäft einmischen oder nicht, im Laden u. s. w. Dienste leisten oder lediglich in der Wohnung sich aufhalten, sie wird weder zur Handelsfrau, noch haftet sie für die Schulden des Geschäftes.

2) Es können aber andererseits die beiden Eheleute das Handelsgewerbe in offener Gesellschaft ausüben, so daß sie gemeinsame Inhaber der Firma sind[25]), im Handelsregister beide eingetragen werden und Gewinn und Verlust auf gemeinschaftliche Rechnung geht. In diesem Falle erscheint die Ehefrau nothwendigerweise als Handelsfrau, sie hat die in Art. 6 den Handelsfrauen beigelegten Rechte und Pflichten, sie haftet nach Handelsrecht für alle Geschäftsschulden.

3) Dieses Verhältniß tritt aber, wie bereits angedeutet, nur dann ein, wenn ein auf den gemeinsamen Geschäftsbetrieb gerichteter Gesellschaftsvertrag nach Art. 85 des HGB. vorliegt und das Handelsgewerbe unter gemeinsamer Firma von beiden Ehegatten betrieben wird. Ist dieses nicht der Fall, sondern besteht zwar, sei es durch Vertrag oder kraft des Gesetzes, eine allgemeine oder theilweise Gemeinschaftlichkeit des Vermögens unter den Eheleuten vermöge des ehelichen Güterrechtes, ohne daß jedoch dieselben in eine handelsrechtliche Geschäftsgemeinschaft getreten sind, so wirkt dies weder auf die persönliche Qualifikation der Ehefrau zurück, noch begründet sich dadurch eine handelsrechtliche Haftung der Frau. Denn das unter den Eheleuten bestehende Güterrecht und die daraus für die Ehegatten sich ergebenden Rechte und Verpflichtungen bewegen sich außerhalb des Kreises des Handelsrechtes und die Verhandlungen der Konferenz (besonders zu Thl. I Titel 3 des Pr. E.)[26]) ergeben genügend, daß es nicht in der Absicht des Gesetzes lag, die Güterverhältnisse der zum Handelsstande gehörigen Eheleute in sein Bereich zu ziehen.

Die Frage, in wie weit die Ehefrau in diesem Falle aus dem Gewerbebetriebe verpflichtet oder berechtigt werde, entscheidet sich demgemäß lediglich nach den Bestimmungen des Civilrechtes, das heißt der maßgebenden Partikularrechte. Hier ist nun ein Fall besonders hervorzuheben, welcher partikularrechtlich durch „Sitzen zu offenem Kram und Laden" oder zu „Bank und Schragen", auch als „Gewerbebetrieb zu offener Tasche" u. s. w. bezeichnet wird. Es kommt vor, daß die Ehefrau eines Kaufmannes weder gemeinsame Inhaberin der Firma ist, noch auch zwischen den Eheleuten eine vertragsmäßige Gütergemeinschaft besteht, andererseits aber auch nicht durch die Ehepakten das eheräuliche Vermögen von dem Geschäfte bestimmt getrennt wurde[27]), überhaupt sich die Frau von aller vermögensrechtlichen Betheiligung an dem Gewerbsbetriebe ausgeschlossen hat. In diesem Falle ist das persönliche Verhalten der Ehefrau entscheidend.

Enthält sich dieselbe jeder Theilnahme am Geschäftsbetriebe, zeigt sie sich

---

25) Der Text fordert nur „gemeinsames Inhaben der Firma"; ob beide Namen in der Firma vorkommen, ist irrelevant, da durch die Art. 22 und 24 des HGB. die Möglichkeit besteht, daß das Geschäft unter dem Namen des vor der Verheirathung Alleineigenthümer gewesenen Ehegatten, sei es des Mannes oder der Frau, fortbetrieben wird. Vgl. bayr. Samml. Bd. 3 S. 667; handelsappellgerichtl. Entsch. Bd. 3 S. 11.

26) Prot. S. 18, 19, 26—31, 63—70, 904—910.

27) Nach manchen Rechten, z. B. dem Nürnberger und Schweinfurter Stadtrechte, ist dies bei den betreffenden Gewerben gar nicht einmal zulässig.

weder im Comptoir, noch im Laden, noch in den sonstigen Geschäftslokalitäten als mitthätig, so können auch keinerlei Ansprüche an sie erhoben werden[28]).

Wenn sie aber in solchem Falle sich öffentlich am Gewerbebetrieb betheiligt („mit ihres Mannes Gewerbe erweislicher Maßen sich beladet"), wenn sie im Laden oder auf dem Markte mit Kaufen und Verkaufen, Geldeinnehmen und Ausgeben „hantiert", so hat sie hiedurch ihr Vermögen mitbetheiligt und sie muß für die Schulden des Geschäftes aufkommen. Allerdings nicht vermöge Handelsrechtes; die oben bezeichnete Theilnahme am Geschäfte kann immer nur als eine dem Ehemanne geleistete Beihülfe angesehen werden[29]), wodurch die Ehefrau, wie oben erörtert, nicht zur Handelsfrau wird. Allein nach den Bestimmungen des ehelichen Güterrechtes tritt durch diese Theilnahme beider Eheleute an einem offenen Geschäftsbetriebe faktisch zwischen den Eheleuten Gütergemeinschaft ein und es haftet daher die Ehefrau für die Schulden des Geschäftes vermöge des Ehe-rechtes[30]).

Ueber den Umfang dieser Haftung, ebenso über die Voraussetzungen, unter welchen die Beschäftigung der Ehefrau als eine Theilnahme am Geschäftsbetriebe erscheint, endlich über die Frage, ob die faktische Theilnahme die Schuldhaftung nicht auch dann nach sich ziehe, wenn dieselbe vermöge Ehevertrages ausgeschlossen war, lassen sich allgemeine Sätze nicht aufstellen, vielmehr muß auch in dieser Hinsicht lediglich auf die Partikularrechte[31]) verwiesen werden, welche namentlich

---

28) Allerdings sind in den einzelnen Rechten regelmäßig gewisse Gewerbe, bei denen diese Rechtsfolge der Schuldhaftung eintreten soll, aufgeführt, z. B. Nürnberger Ref. „Gewandschneider, Wechsler, Krämer, Wirthe"; Bayerisches LR. „Metzger, Bäcker, Bräuer, Zuckerbäcker, Methschenken und Garköche"; Augsburger Stadt-R. auch noch Kaffeeschenker und Branntweiner. Allein man darf deshalb nicht annehmen, lediglich bei diesen bestimmten Gewerben trete die Schuldhaftung der Ehefrau ein, bei den übrigen nicht, sondern es sind nur einzelne Gewerbe (wie die Beisätze „und dergleichen" zeigen) beispielsweise genannt, das „Mithantieren" der Ehefrau aber ist das Entscheidende.

29) Anderer Meinung ist Arnold, Beiträge zum deutschen Privatrechte Bd. 1 S. 61 Note 3.

30) In Bayern ist dies in folgenden Gesetzen ausgesprochen:
1) Bayerisches LR. Thl. I Kap. VI § 32 N. 6.
2) Mainzer LR. Thl. IV § 3 (hier haftet zuerst die Errungenschaft; reicht diese nicht, so zahlen die Eheleute noch Schwert- und Rockenantheil, d. h. der Mann $^2/_3$, die Ehefrau $^1/_3$, eventuell die Ehefrau vollständig).
3) Ansbacher Konkursordnung v. 1731 Art. XXIV N. 1.
4) Augsburger Stadtrecht (Fallitenordnung v. 1749 § 9, Rathsdekret v. 15. August 1751, Pflegeordnung § 44).
5) Kemptener Prozeßordnung v. 1770 Tit. XXXIII § 8.
6) Lindauer Konkursordnung v. 1738 Tit. IV Art. 9.
7) Memminger Prozeßordnung v. 1751 Tit. XXVIII.
8) Nürnberger Reformation Titel XXVIII Ges. 6.
9) Regensburger Rathsdekret v. 4. Februar 1664.
10) Rothenburger Stadtrecht (Fallitenordnung v. 1576 und Rathsdekret v. 24. April 1720).
11) Schweinfurter Recht Tit. LXIV § 5 und 6.
12) Ulmer Statuten Thl. I Tit. 17.

Auch nach Eichstädter Recht (Konkursordnung von 1794 § XXVII N. 2) wird dasselbe anzunehmen sein. Eine analoge Bestimmung gilt auch in Frankfurt a. M., Frankf. Reformation III, C. 1 § 12, 14.

31) Vgl. in dieser Beziehung auch noch Heise und Cropp, juristische Ab-

auch darüber, ob nicht bei gewissen Gewerben ohne Rücksicht auf das Verhalten der Ehefrau diese zur Tragung der Gewerbeschulden verpflichtet sei[32]), maßgebend sind.

Art. 8.

Eine Ehefrau, welche Handelsfrau ist, kann sich durch Handelsgeschäfte gültig verpflichten, ohne daß es zu den einzelnen Geschäften einer besonderen Einwilligung ihres Ehemannes bedarf.

Sie haftet für die Handelsschulden mit ihrem ganzen Vermögen, ohne Rücksicht auf die Verwaltungsrechte und den Nießbrauch oder die sonstigen, an diesem Vermögen durch die Ehe begründeten Rechte des Ehemannes. Es haftet auch das gemeinschaftliche Vermögen, soweit Gütergemeinschaft besteht; ob zugleich der Ehemann mit seinem persönlichen Vermögen haftet, ist nach den Landesgesetzen zu beurtheilen.

Pr. E. Art. 6. I. E. Art. 6. II. E. Art. 7. Prot. S. 17 ff., 890 ff.

1) Das Gesetz nimmt an, durch die Einwilligung des Ehemannes zum Betriebe eines selbständigen Handelsgewerbes von Seiten seiner Ehefrau habe derselbe von vornherein seine Zustimmung zu allen einzelnen in Ausübung des Gewerbes vorkommenden Handlungen ertheilt. Dies erfordert die Sicherheit des Verkehres und so weit muß also die Fiktion sich erstrecken. Wenn daher einerseits solche Geschäfte, welche überhaupt keine Handelsgeschäfte sind, nicht unter die obige Gesetzesbestimmung fallen [1]), so ist doch andererseits die fingirte Einwilligung nicht auf den Kreis der in das konkrete Gewerbe fallenden Handelsgeschäfte beschränkt [2]).

Es muß sogar das Gesetz in einer Richtung extensiv interpretirt werden. Die Weiterveräußerungen im Handwerksbetriebe sind nach Art. 273 Abs. 3 keine Handelsgeschäfte, doch fallen auch sie unzweifelhaft unter jene Geschäfte, zu welchen eine Ehefrau, die Handelsfrau ist, einer speziellen eheherrlichen Ermächtigung nicht bedarf [3]).

---

handl. Bd. 1 Abh. 2 S. 3 ff.; dann für Bayern die Erkenntnisse in den Bl. f. RA. Bd. 8 S. 320, Bd. 17 S. 124, Bd. 19 S. 201, Bd. 22 S. 378, Bd. 24 S. 339, Bd. 26 S. 141, Bd. 30 S. 287, Bd. 31 S. 251, Bd. 39 S. 463, 2. Ergänzungsband S. 218, Bd. 43 S. 397, Bd. 44 S. 95, Bd. 55 S. 343, 353; Roth, bayr. Civilrecht 2. Aufl. Bd. 1 S. 512.

32) In Augsburg z. B. (Pflegeordnung v. 1799 § 44) gehören die vier Gewerbe zur offenen Tasche zu denjenigen, in welchen die Ehefrau unter allen Umständen haftet.

1) Z. B. eine Ehefrau, welche mit Zustimmung ihres Mannes das Putzmachergewerbe treibt, kauft ein Grundstück.

2) Z. B. die in voriger Note erwähnte Ehefrau bedarf einer speziellen Einwilligung nicht, wenn sie etwa übernimmt, einer Leinenhandlung eine Quantität Leinen, das sie auf dem Lande zusammenkauft, zu liefern.

3) Man könnte sagen, derartige Weiterveräußerungen bewirkten für den Ver-

Das Gesetz spricht ganz allgemein; es kann demnach der Ehemann die Rechtsfolge seiner einmal ertheilten Einwilligung zum Handelsbetriebe weder allgemein, noch für einzelne Fälle ausschließen; er kann nicht etwa gegen ein einzelnes von der Ehefrau im Geschäftsbetriebe vorzunehmendes Geschäft Einsprache erheben und es dadurch ungültig machen, noch kann er sich bei der Ertheilung seiner Einwilligung zur Gewerbseröffnung vorbehalten, bei den einzelnen Geschäften oder bei gewissen Klassen derselben[4]) besonders befragt werden zu müssen[5]).

Auch das Anfechtungsrecht des Ehemannes ist vom Gesetze ausgeschlossen. In manchen Rechten[6]) nämlich sind zwar Verfügungen der Ehefrau über das Dotal- und Paraphernalvermögen nicht an sich und von Rechtswegen ungültig und nichtig, sondern es steht nur dem Ehemanne, welcher nicht eingewilligt hat, ein (meist zeitlich beschränktes) Revokationsrecht zu. Dem Wortlaute nach fällt also dieses Recht nicht unter den Abs. 1 des Art. 8; allein materiell muß auch jedes derartige Anfechtungsrecht ausgeschlossen bleiben, wie sich schon aus dem Abs. 2 ergibt, nach welchem alle Rechte des Ehemannes zurücktreten müssen[7]).

2) Eine nothwendige Folge der gesetzlichen Annahme, daß die Einwilligung

---

äußernden ohnehin nur eine Berechtigung, keine Verpflichtung, allein dies ist nicht immer der Fall.

4) Hinsichtlich des Wechselrechtes macht der Art. 2 des Gesetzbuches keine Ausnahme, denn dieser behält nur die Bestimmungen der Wechselordnung vor. Die Vorschrift aber, daß eine Ehefrau Wechsel gültig nur mit Zustimmung (Mitunterschrift) des Ehemannes abgeben könne, beruht nicht auf der Wechselordnung, sondern auf dem Civilrechte, und diesem ist durch Art. 8 derogirt. Der Ehemann kann also wohl seiner Ehefrau, nicht aber Dritten gegenüber die Wechselausstellung im Handelsgewerbe verbieten.

5) Dagegen kann der Ehemann von vorneherein seine Einwilligung beschränken, z. B. die Frau treibt ein Engros- und ein Detail-Geschäft oder besitzt ein Putzgeschäft in A. und eine Papierhandlung in B.; hier kann der Ehemann zu dem einen Betriebe seine Zustimmung ertheilen, zum anderen dieselbe versagen. Natürlich muß auch in diesem Falle der Einspruch des Ehemannes dem Publikum kundgegeben werden (s. das unter Ziff. IV zu Art. 7 Bemerkte); sonst würde auch bezüglich des vom Manne nicht genehmigten Geschäftes die Bestimmung in Abs. I Platz greifen. Dasselbe gilt für den Fall, daß die Ehefrau außer ihrem vom Manne genehmigten Gewerbe noch ein weiteres Handelsgewerbe ohne dessen Einwilligung etablirt; auch hier kann der Ehemann die Wirksamkeit der obigen Gesetzesbestimmung nur dadurch ausschließen, daß er seinen Einspruch gegen das neue Geschäft in der Oeffentlichkeit klar hervortreten läßt. Vgl. Puchelt Anm. 3; theilweise a. M. Gareis-Fuchsberger Note 18.

6) Z. B. Bayerisches Landrecht Thl. I Kap. VI § 27 Nr. 2.

7) Das Preuß. Einf.-Ges. Art. 39 schreibt für das Gebiet des französischen Rechtes vor: „Wenn jedoch für die Ehe Dotalrecht gilt, so kann die Verpfändung oder Veräußerung der Immobilien, welche Dotalgut sind, nur in den durch das Civilgesetzbuch bezeichneten Fällen und unter Beobachtung der dort vorgeschriebenen Formen erfolgen." Diese Bestimmung gibt den Inhalt des Art. 7 des Code de commerce wieder, welch letzterer auch für die bayerische Rheinpfalz in Kraft geblieben ist. (Art. 4 des bayer. Einf.-Ges. „jedoch unbeschadet des Art. 8 des allgemeinen deutschen HGBuchs."). Mit Recht hebt Lutz (Kommentar zu Art. 4 des bayer. Einf.-Ges. S. 37 f.) hervor, daß sich die bezeichneten besonderen Formen nur auf die Veräußerung und Verpfändung der Dotalgrundstücke durch die Frau beziehen, daß aber die Handelsgläubiger der Frau ohne Rücksicht auf die Rechte des Ehemannes am Dotalgute letzteres im Exekutionswege in Anspruch nehmen können.

des Ehemannes zur Etablirung seiner Ehefrau als Handelsfrau für eine Einwilligung zu allen einzelnen von derselben im Handelsbetriebe vorgenommenen Geschäften zu achten sei, ist die Bestimmung, daß der Mann hinsichtlich des Vermögens seiner Frau den aus jenen Geschäften berechtigten Dritten mit seinen auf dem Eherecht beruhenden Ansprüchen nachstehen muß. Dadurch, daß die Ehefrau durch die Zustimmung ihres Ehemannes als Handelsfrau selbständig und, gleich als stehe sie nicht mehr unter der eheherrlichen Gewalt, zu handeln, Verträge zu schließen, Verbindlichkeiten einzugehen befugt wird, ändert sich zwar an sich Nichts hinsichtlich des ehelichen Güterrechts; der Mann behält der Frau gegenüber seine Ansprüche auf deren Vermögen, so weit sie ihm auf Grund der Eheverträge oder des gesetzlichen Güterrechts zustehen; allein die Erfüllung der unabhängig von ihm eingegangenen rechtsgültigen Verpflichtungen der Frau aus dem Vermögen derselben muß er gestatten [8]).

Durch den Handelsbetrieb der Ehefrau verliert demnach der Ehemann keineswegs die Verwaltung des Dotalvermögens und des Eingebrachten, er behält auch die Nutznießung davon, so weit sie ihm gesetzlich zusteht. Dagegen hindert sein Verwaltungsrecht nicht die handelsgeschäftlichen Verfügungen der Ehefrau [9]), und die Handelsgläubiger können sich an das ehefräuliche Vermögen halten, ohne durch die Verwaltungs- oder Nutznießungsrechte des Ehemannes gehindert zu sein. Insbesondere können auch die Dotalgüter für Handelsschulden der Ehefrau in Anspruch genommen werden, obwohl nach den meisten Rechten die dos in das Eigenthum des Mannes übergeht und nach Auflösung der Ehe nur ein mitunter beschränktes Rückfallsrecht eintritt [10]).

Das Gesetz erstreckt diese Haftung auch auf das gemeinschaftliche Vermögen der Eheleute und zwar nicht so, daß etwa nur der hievon der Ehefrau zukommende (ideelle) Antheil in Anspruch genommen werden könnte, sondern es werden die gemeinsamen Vermögensobjekte vollständig der Schuldhaftung unterworfen. Es gilt dies sowohl hinsichtlich der mit dem Dotalrechte häufig verbundenen Mobiliar- und Errungenschaftsgemeinschaft, als auch bei allgemeiner Gütergemeinschaft [11]). Praktisch wird zwar in diesem Falle selten die Ehefrau allein den Gewerbebetrieb führen, sondern beide Eheleute gemeinsam das Geschäft ausüben; wenn es aber vorkommt, bleibt der Mann zwar befugt, seinerseits über das Vermögen der Gütergemeinschaft zu verfügen, und seine Gläubiger können sich an dieses Vermögen halten; andererseits aber kann er auch nicht hindern, daß die gemeinsame

---

8) Hiebei ist nicht zu übersehen, daß das Gesetz die unbeschränkte Haftung der Ehefrau für die Handelsschulden, also nicht blos für Schulden aus Handelsgeschäften, sondern für alle Schulden statuirt, welche durch die im Handelsbetriebe vorgenommenen Geschäfte entstanden sind (z. B. für Miethe eines Geschäftslokals, für den Erwerb eines zum Handelsbetriebe bestimmten Hauses u. dgl.). Vgl. Behrend § 35 Anm. 24, Puchelt Anm. 5.

9) Auch über die unbeweglichen Güter, vgl. jedoch oben Note 1 und 7.

10) Dies ist es, was durch die Worte „oder die sonstigen durch Eingehung der Ehe begründeten Rechte“ ausgedrückt sein soll, vgl. Prot. S. 891. Vgl. auch Staub § 1 Nr. 2 zu Art. 8.

11) Hinsichtlich der Errungenschaft wird die Auffassung dieser Bestimmung allerdings mitunter nicht ohne eine sehr beschwerliche Liquidation des Vermögens des Mannes und der Frau vollziehbar sein. Allein dies schließt die Anwendung des Gesetzes nicht aus. Vgl. Prot. S. 19.

Masse als Exekutionsobjekt für die Handelsschulden der Ehefrau dient, und zwar können die Gläubiger sich sofort an dieses Vermögen halten, da im Gesetze nicht verordnet ist, daß zuvor das Sondergut der Handelsfrau in Angriff genommen werden müsse. Persönlich wird der Ehemann durch die Handlungen der Ehefrau, auch wenn sie mit seiner Einwilligung ein Handelsgeschäft betreibt, an sich nicht verpflichtet. Nur im Falle allgemeiner Gütergemeinschaft könnte dies zweifelhaft sein[12]; denn nach diesem Güterrechte fällt in die Gütergemeinschaft, was die Ehefrau als Handelsfrau erwirbt, der Mann nimmt am Gewinne des Geschäftes Theil und man kann behaupten, er stehe faktisch ganz in demselben Verhältnisse, wie ein Gesellschafter. Es verpflichtet aber überdies bei der allgemeinen Gütergemeinschaft die Ehefrau den Mann, so weit sie überhaupt selbständig zu handeln befugt ist, und da die Handelsfrau in ihren Handelsgeschäften selbständig handelt, so könnte man eben deshalb die Verpflichtung des Mannes auch für die Handelsschulden, welche die Frau allein eingeht, anzunehmen geneigt sein. Allein es ist bereits oben (Seite 52 Nr. 3) in Bezug auf die in Gütergemeinschaft lebende Frau des Kaufmannes erörtert worden, daß sie deshalb allein als Handelsgesellschafterin des Mannes noch nicht erachtet werden kann, und dieselben Erwägungen sprechen auch gegen die Annahme, als werde durch die Gütergemeinschaft der Mann Handelsgesellschafter seiner als Handelsfrau auftretenden Ehegattin.

Insoweit aber, abgesehen hievon, vermöge Civilrechtes der Ehemann für die von der Frau eingegangenen Verbindlichkeiten persönlich mit seinem Sondervermögen haftet, hat es hiebei sein Bewenden[13].

Die wichtigsten partikularrechtlichen Bestimmungen in dieser Hinsicht bilden das Preußische LR. Thl. II Tit. 1 § 337 und der Code civil Art. 220[14]) (identisch mit Art. 5 des Code de commerce).

---

12) Der Code de commerce (Art. 5) hat eine solche persönliche Verpflichtung im Falle der Gütergemeinschaft deshalb angenommen, weil in solchem Falle der Ehemann als eine Art von Handelsgesellschafter erscheint. Die Konferenz war jedoch schon bei der ersten Lesung (S. 19) dem von gleichem Grundsatze ausgehenden Art. 6 Abs. 2 des Pr. E. entgegen und verwarf einen bei der zweiten Lesung (S. 891) gestellten Antrag auf Wiederaufnahme desselben mit 11 gegen 6 Stimmen.

13) Dadurch, daß der Schlußsatz des Art. 8 Abs. 2 nur durch ein Semikolon abgetrennt ist, wird es zweifelhaft, ob sich die Bestimmung nicht blos auf den in Gütergemeinschaft lebenden Ehemann erstrecke; allein es handelt sich hier überhaupt um die civilrechtliche Haftung des Mannes, über welche das Handelsgesetzbuch gar nicht verfügen wollte.

14) Besonders vorbehalten im Preuß. Einf.-Ges. Art. 19 und 39. Vgl. bezüglich des preuß. Rechts RG. Bd. 16 S. 261.

Art. 9.

Eine Handelsfrau kann in Handelssachen selbständig vor Gericht auftreten; es macht keinen Unterschied, ob sie unverheirathet oder verheirathet ist.

Pr. E. — I. E. Art. 7. II. E. Art. 8. Prot. S. 20.

1) Das Anwendungsgebiet der vorstehenden Bestimmung ist nur mehr die freiwillige Gerichtsbarkeit; denn die Beschränkung der Prozeßfähigkeit einer Ehefrau ist durch § 51 Abs. II der Civ.-Proz.-O. aufgehoben; ferner finden nach Abs. III das. die Vorschriften über die Geschlechtsvormundschaft auf die Prozeßführung keine Anwendung[1]).

2) In Handelssachen.

Es ist eine nothwendige Konsequenz der freien Stellung, welche das Handelsgesetzbuch der handeltreibenden Frau einräumt, daß dieselbe auch jeder Geschlechtsvormundschaft enthoben bleibt[2]). Dieser Satz wird im vorstehenden Artikel ausgedrückt. Demnach ist der Ausdruck „Handelssachen" gleichbedeutend zu nehmen mit „Angelegenheiten ihres Handelsbetriebes"; es ist der ganze rechtliche Verkehr, soweit derselbe durch gerichtliche Hülfe vermittelt wird, in die Hand der Handelsfrau gelegt[3]). Dieselbe kann daher, auch wenn zu Rechtsgeschäften über Immobilien der Frau statutarisch eine Beistandschaft vorgeschrieben sein sollte, ihr Handelsetablissement mit Schulden belasten und dasselbe veräußern[4]).

3) Selbständig.

Die Handelsfrau bedarf keines Beistandes, Vogtes, Trägers oder Kurators, soferne solche ihr als Frau vermöge ihres Geschlechtes gesetzt sind; sie ist an die Zustimmung ihres Ehemannes nicht gebunden, sofern diese kraft des ehelichen Rechtes eintritt. Ist aber der Handelsfrau wegen besonderer in ihrer Person liegender Gründe die Selbständigkeit entzogen, so findet der obige Artikel selbstverständlich keine Anwendung. Sollte also eine Frau wegen Geistesbeschränktheit

---

1) Die Unterscheidung der Prozeßfähigkeit der Ehefrau von deren Dispositionsbefugniß hat für die Handelsfrau im Hinblick auf Art. 8 keine Bedeutung; es kann daher wegen Mangels der Dispositionsbefugniß die Aktiv- oder Passivlegitimation einer Ehefrau im Prozeß nicht beanstandet werden. (Vgl. Gaupp Anm. IV zu § 51 CPO.; **RG.** Bd. 28 S. 331; Makower Note 39.)

2) Für Bayern hat diese Bestimmung allerdings hauptsächlich Bedeutung nur für die Ehefrauen, da mit Landtagsabschied vom 10. November 1861 Abschnitt III § 28 (vgl. hierüber v. Völderndorff, Kommentar in Dollmann's Gesetzgebung) die Geschlechtsvormundschaft allgemein aufgehoben ist.

3) Dagegen sind in allen jenen Rechtsangelegenheiten, welche dem Handelsverkehre nicht angehören, die Handelsfrauen denselben Beschränkungen unterworfen, wie die übrigen Frauen; auch Handelsfrauen können keine Adoption oder Pupillarsubstitution u. s. w. vornehmen, soferne die Gesetze (wie z. B. das gemeine Recht) solches den Frauen versagt.

4) Denn hierin liegt ein handelsrechtlicher Akt, auch wenn mit dem Geschäfte das Immobile, in welchem es betrieben wurde, veräußert wird. Vgl. Goldschmidt S. 667 und die Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen in Bayern Bd. 2 S. 122. Vgl. auch N. 8 zu Art. 8.

oder Verschwendung unter Kuratel gestellt sein, so findet, wenn ihr der Fortbetrieb ihres Gewerbes demohngeachtet gestattet sein sollte, die Bestimmung des Art. 9 keine Anwendung.

Insbesondere versteht es sich, daß man sich auf den Artikel nicht berufen kann, wenn eine Handelsfrau insolvent geworden und ihr die freie Disposition über ihr Vermögen entzogen ist.

Was die minderjährige Frau betrifft, so gilt auch für sie, was Art. 7 des Bayer. Einf.-Ges. verordnet. Dieselbe kann ohne Zustimmung der Vormundschaftsbehörde[5]) nicht Handelsfrau werden oder sein; ist sie aber eine solche, dann muß sie rücksichtlich aller auf den Betrieb des Handelsgewerbes bezüglichen Handlungen für selbständig erachtet werden.

4) Unverheirathet oder verheirathet.

Hieher gehören auch die Wittwen und geschiedenen Frauen.

Art. 10.

Die Bestimmungen, welche dieses Gesetzbuch über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura enthält, finden auf Höker, Trödler, Hausirer und dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetriebe, ferner auf Wirthe, gewöhnliche Fuhrleute, gewöhnliche Schiffer, und Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht, keine Anwendung. Den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, im Falle es erforderlich erscheint, diese Klassen genauer festzustellen.

Vereinigungen zum Betriebe eines Handelsgewerbes, auf welches die bezeichneten Bestimmungen keine Anwendung finden, gelten nicht als Handelsgesellschaften.

Den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, zu verordnen, daß die bezeichneten Bestimmungen auch noch für andere Klassen von Kaufleuten ihres Staatsgebietes keine Anwendung finden sollen. Ebenso können sie aber auch verordnen, daß diese Bestimmungen auf einzelne der genannten Klassen, oder daß sie auf alle Kaufleute ihres Staatsgebietes Anwendung finden sollen.

1) Alle wirthschaftlichen Unternehmungen theilen sich nach Art und Umfang der Ausführung in Groß- und Kleinbetrieb, der Handel zerfällt in Groß- und

---

5) Ob diese stets ausdrücklich, in gewissen Formen u. s. w. erklärt werden muß, oder ob solche auch stillschweigend gegeben werden kann, ist nach den Bestimmungen der Partikularrechte zu ermessen. Die Vermuthung, welche der Art. 7 Abs. 2 für den Ehemann ausspricht, ganz allgemein auch auf die Kuratoren anzuwenden, läßt sich nicht rechtfertigen.

Kleinhandel[1]). „Der Kleinbetrieb ist geschichtlich die frühere, der Großbetrieb die spätere und höhere Stufe; aus dem Kleinhandel bildet sich der Großhandel, aus dem Handwerk die Fabrik heraus“[2]). Ehedem war die rechtliche Behandlung dieser beiden Handelssphären in objektiver wie subjektiver Richtung verschieden; der moderne Verkehr strebt dagegen nach gleicher rechtlicher Beurtheilung und das Handelsgesetzbuch hat denn auch in objektiver Hinsicht alle, in subjektiver fast alle Unterschiede zwischen Groß- und Kleinhändler aufgehoben.

Es ist bereits oben erörtert, daß der Kauf der unbedeutendsten beweglichen Sache zum Wiederverkaufe ein Handelsgeschäft ist und daß, wer gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt, und sei es in noch so geringem Umfange, Kaufmann ist[3]). Allein man kann sich der Ueberzeugung nicht verschließen, daß gewisse Klassen von Handeltreibenden unmöglich in allen Beziehungen den Kaufleuten gleichgestellt werden können; daß jene Klassen von einigen für sie nach ihrem Stande und ihren Kenntnissen allzu lästigen ja unerfüllbaren Pflichten entlastet werden, aber auch gewisser zugleich an die Erfüllung dieser Pflichten geknüpfter Rechte verlustig bleiben müssen.

Man hatte bei den Berathungen[4]) diese Klasse der Handeltreibenden von dem Stande der Kaufleute völlig ausscheiden wollen; allein dieser Antrag wurde mit Recht verworfen. Zu einer solchen völligen Ausscheidung, wodurch eine große Reihe von Personen, die denn doch einmal Handel treiben, von der Gesammtheit der Bestimmungen des Handelsgesetzbuches ausgenommen würden, ist ein ausreichender Grund nicht vorhanden; sie würde der inneren Natur und den Zwecken der Vorschriften des vierten Buches widerstreben, welche für den kleinen Verkehr nicht minder nöthig oder nützlich sind; bei der Schwierigkeit, ja Unmöglichkeit, die kleinen Geschäftsleute durch sichere Merkmale zu definiren, würde eine solche Unterscheidung das Vertragsrecht höchst unsicher machen; sie würde auch zu gänzlich ungeeigneten Resultaten führen, wie z. B. dazu, daß die Verträge größerer Kaufleute durch das Handelsgesetzbuch trotz des erheblichsten Objektes einer besonderen Form nicht bedürften, während die auf kleine Objekte lautenden Verträge kleiner Geschäftsleute vermöge der für sie fortbestehenden Partikularrechte den mannigfachsten Formvorschriften unterworfen blieben[5]). Was allein für diese kleineren Leute unpassend sein würde, sind die strengen Vorschriften über das kaufmännische Etablissement in seiner äußeren formellen Erscheinung (Firma, Repräsentation, Buchführung); diese würden für einen Geschäftsbetrieb von ganz geringem Umfange ein übertriebener Apparat sein, der seinen Zweck verfehlen müßte.

Demgemäß unterscheiden sich die Vollkaufleute (wie sie Goldschmidt mit Recht bezeichnet) von den kleinen Handelsleuten (Minderkaufleuten) in allen wesentlichen rechtlichen Beziehungen nicht[6]). Vor Allem gehören die sämmt-

---

1) Handel en gros und en détail sind nicht ganz kongruente Begriffe.

2) Goldschmidt § 46 Note 4.

3) Gebrüder von Rothschild und die Hökerin, welche Rettige verkauft, stehen in handelsrechtlicher Hinsicht gleich; ihre Geschäfte sind rechtlich dieselben Handelsgeschäfte; beide sind Kaufleute.

4) Prot. S. 1256. Ueber die Vorgeschichte siehe Goldschmidt S. 518 Note 20.

5) Prot. S. 1257.

6) Der von Kurhessen lebhaft unterstützte Antrag, den Anspruch auf Zinsen

lichen Handeltreibenden unter die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen; die Hökerin (soferne sie selbständig ihr Obst oder Gemüse verschleißt), kann als Handelsfrau auf die weiblichen Rechtswohlthaten sich nicht berufen; die Vorschriften über Handlungsvollmachten, über die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften [7]), sowie die sämmtlichen Vorschriften des vierten Buches gelten für die Handelsgeschäfte des Hausirers und Trödlers ebenso wie für den Grossisten [8]).

Dieser letztere Satz darf aber nicht so verstanden werden, als ob der Umfang und die Art des Geschäftsbetriebes ohne allen Einfluß auf die rechtliche Beurtheilung der Verhältnisse bleiben müßte. Es würde dem Richter Angesichts des wahren, in Art. 278 ausgesprochenen Grundsatzes übel anstehen, wenn er blind nach einer Schablone urtheilen wollte und die lebendigen Verhältnisse des Verkehres unbeachtet ließe, damit aber den Satz verherrlichen würde: summum jus, summa injuria [9]).

Die hauptsächlichsten Fälle, in welchen die Praxis auf eine Berücksichtigung der kleinen Geschäftsleute hinführt, sind die Art. 347 und 356, dann auch Art. 319. Alle diese Bestimmungen finden auf den kleinen Kaufmann vollkommen Anwendung; allein indem das Gesetz den Richter anweist, die „Ordnungsmäßigkeit" der Handlungsweise in Betracht zu ziehen, hat es denselben nicht blos berechtigt, sondern sogar verpflichtet, auf die Art und den Umfang des Geschäftsbetriebes die geeignete Rücksicht zu nehmen.

Ein Landkrämer z. B. ist in seinem ordnungsmäßigen Geschäftsgange geblieben, wenn er auch nicht mit Postwendung die ihm übersandten Waaren zur Disposition stellt [10]); was bei dem Banquier schon als verspätete Antwort auf ein telegraphisches Angebot von 100 Stück österreichischen Bankaktien zum Kurs von 850 gelten würde, kann bei dem Kleinhändler, welchem ein Centner Salz offerirt wird, als immer noch ordnungsmäßige und rechtzeitige Annahme erscheinen.

---

ipso jure, auf Provision, auf Zinseszinsen bei Contocorrenten, auf die Realisirung des Faustpfandes, auf das gesetzliche Pfandrecht, die Verpflichtung zur Antwort bei Aufträgen für die in Art. 10 genannten Kaufleute auszuschließen, fand keine Unterstützung. Vgl. Prot. S. 1419 ff.

7) In dem Urtheil des **RG.** Bd. 9 S. 81 ist im Einklang mit **ROHG.** Bd. 2 S. 425 ausgesprochen, daß bei Vereinigungen von kleinen Geschäftsleuten zum Handelsbetriebe die Anwendung der Bestimmungen über die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften auf gemeinschaftliche Rechnung, soweit sie ihrer Tendenz nach maßgebend sein können, keineswegs ausgeschlossen sei. Es steht dies mit Abs. II des Art. 10 nicht im Widerspruch.

8) Für Bayern ist dieser Satz weit weniger einschneidend, als in anderen Ländern; die laesio enormis, die lex Anastasiana, die exceptio non numeratae pecuniae, selbst die Formlosigkeit der Verträge sind hier längst allgemeines Recht. Von den Bestimmungen des 4. Buchs kommt insbesondere Art. 290 auch für Minderkaufleute in Betracht (Anspruch eines Kaufmanns auf Provision, vgl. **ROHG.** Bd. 10 S. 243). Im Allgemeinen s. **ROHG.** Bd. 7 S. 237.

9) Es soll durch diese Hinweisung nicht nur der Praxis ein mitunter nothwendiger Fingerzeig gegeben, sondern insbesondere das Handelsgesetzbuch gegen den sehr häufig gemachten Vorwurf vertheidigt werden, daß es durch den Art. 347 den kleinen Geschäftsmann vollständig ruinire.

10) Selbstverständlich soll hier nicht dem Schlendrian das Wort geredet werden; auch der kleine Handelsmann muß im Zeitalter der Eisenbahnen und Telegraphen eine prompte Geschäftsbehandlung lernen; doch muß eine gewisse Billigkeit nicht außer Acht gelassen werden.

Es zeigen diese Beispiele, in welcher Weise die rechtliche Gleichheit und die faktische Ungleichheit der Verhältnisse sich in eine der Billigkeit entsprechende Harmonie bringen lassen.

Mitunter erleidet aber auch die gleichheitliche Anwendung der Rechtssätze auf Groß- und Kleinhandel durch das Herkommen, durch die Rücksicht auf die stillschweigende Meinung der Kontrahenten eine Ausnahme. Der Schneider, welcher einen Laden hält und fertige Kleider verkauft[11]), ist als Kaufmann anzusehen; es findet daher Art. 290 auch auf ihn Anwendung[12]); wenn aber z. B. einer seiner Kunden ein Muster zu einem Rocke auswählt und ihn beauftragt, den Stoff bei dem Tuchhändler X. zu kaufen, so wird dem Schneider kaum eine Provision für Ausführung dieses Auftrages zuzubilligen sein.

Aehnliche Fälle lassen sich verschiedene konstruiren; es genügt aber das bisher Vorgebrachte, um das Prinzip zu veranschaulichen[13]).

2) Firmen.

Nur der Vollkaufmann hat eine Firma zu führen, solche in das Handelsregister eintragen zu lassen, nur er kann sie vererben und veräußern. Die Minderkaufleute stehen in dieser Hinsicht den gewöhnlichen Rechtssubjekten gleich, und so wenig diese befugt sind, unter einem anderen Namen als ihrem Familiennamen im Rechtsverkehre aufzutreten, so wenig können die kleinen Handelsleute dieses Recht für sich in Anspruch nehmen[14]). Die entgegengesetzte Meinung[15]), wonach die in Art. 10 aufgeführten Personen vollkommene Firmenfreiheit genießen, und so zu sagen in diesem Punkte größere Rechte als die Vollkaufleute, aber keine Pflichten haben sollen, widerlegt sich durch die Hinweisung, daß das frühere Firmenrecht doch sicherlich zum Handelsrechte gehört hat, dieses aber allgemein durch Art. 1 des Handelsgesetzbuches abgeschafft ist.

Demnach wäre, falls z. B. ein Trödler sein Geschäft unter einer Firma betreiben wollte, wenn er den Namen seines Geschäftsvorgängers beibehalten würde, ein Fall gegeben, in welchem das Handelsgericht nach Art. 26 des HGB. gegen denselben einschreiten müßte. Dagegen wären die von ihm eingegangenen

---

11) Ueberhaupt der Schneider, welcher sein Gewerbe nicht blos in Verarbeitung ihm übergebener Stoffe ausübt.

12) Vgl. Note 8.

13) Weitere Fälle der Anwendung des im Texte aufgestellten Prinzips: Die Qualität des Minderkaufmanns ist von Gewicht für die Beurtheilung der Natur des zwischen ihm und einem Vollkaufmann bestandenen Geschäftsverkehrs, insbesondere für die Frage, ob die Voraussetzungen eines Kontokurrentverhältnisses gegeben sind (**ROHG**. Bd. 2 S. 443), ob in der Nichtmonirung eines Buchsauszugs eine Anerkennung desselben zu finden ist (**ROHG**. Bd. 13 S. 439).

14) Ebenso Hahn § 3 zu Art. 10; Auerbach S. 41. Goldschmidt S. 524 N. 31 nimmt das im Texte Gesagte im Zweifel gleichfalls an; s. die nächste Note.

15) Thöl § 39 N. 2 will für die (von ihm als „Kleinkaufleute“ bezeichneten) Kaufleute minderen Rechtes das frühere Recht über Firmen rc., mithin auch die gemeinrechtliche Firmenfreiheit fortdauernd gelten lassen; Goldschmidt a. a. O. stimmt ihm für den — übrigens auch von ihm als unwahrscheinlich gedachten — Fall bei, daß bei Einführung des HGB. irgendwo nachweislich beabsichtigt wurde, das ältere Firmenrecht nur für diese Personenklassen bestehen zu lassen. Die Ansicht Thöls würde praktisch zu den gefährlichsten Konsequenzen führen. Dagegen auch Behrend § 36 N. 9.

Rechtsgeschäfte, wenn nur bezüglich der Identität der Person kein Zweifel bestünde, nicht ungültig, weil im Allgemeinen die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes durch die Eintragsfähigkeit der Firma nicht bedingt ist[16]).

Wie überhaupt die Bestimmungen des HGB. über die Firmen (Titel III dieses Buchs) auf Minderkaufleute keine Anwendung finden, so können insbesondere die vom Gesetze an die Eintragung und die Bekanntmachung der Aenderung oder des Erlöschens einer Firma, bezw. an die Unterlassung der Eintragung und der Bekanntmachung geknüpften Vermuthungen (Art. 25 Abs. II und III) nicht unmittelbar Platz greifen; allein die freie richterliche Würdigung, welche bei Beurtheilung der Rechtsverhältnisse solcher Handelsbetriebe minderen Rechtes obwalten muß, wird unter Umständen doch zur analogen Anwendung jener Bestimmungen führen[17]).

Eine scheinbare Ausnahme ergibt sich bei den Wirthen und Gasthofbesitzern. Dieselben gehören gleichfalls zu den Nicht-Vollkaufleuten, sie können daher keine Firma führen und sie nicht mit ihrem Etablissement veräußern. Demohngeachtet wird man dem Wirth „zur blauen Traube" nicht versagen können, dem Erwerber seiner Wirthschaft die Befugniß abzutreten, sein Geschäft unter dem bisherigen Namen „zur blauen Traube" fortzusetzen; allein diese Bezeichnung ist eben keine Firma, sondern nur eine Geschäftsbenennung. (Vgl. die Bemerkungen zu Art. 22 ff.)

3) Handelsbücher.

Unzweifelhaft wird durch diese gesetzliche Vorschrift ausgesprochen, daß die im vorstehenden Artikel genannten Personen von den in Art. 28—33 gegebenen Verpflichtungen befreit sind. Selbstverständlich ist es denselben gleichwohl unbenommen, Geschäftsbücher zu führen; solche Bücher können, da die in den Art. 34 ff. für die Handelsbücher aufgestellten Beweisregeln aufgehoben sind, unter Umständen die nämliche Beweiskraft, wie die Handelsbücher der Vollkaufleute, in Anspruch nehmen. (Vgl. § 259 Civ.-Proz.-Ordn.)

4) Prokura.

Die im Art. 10 bezeichneten geringeren Handelsleute können einen Bevollmächtigten aufstellen, der in ihrem Namen und auf ihre Rechnung das Handelsgeschäft betreibt; sie können diesen Bevollmächtigten aber nicht beauftragen, ihren Namen per procura zu zeichnen. Wenn dies demohngeachtet geschieht, so ist die erste Folge, daß auf Grund des Art. 45 Abs. 4 und Art. 48 das Handelsgericht gegen den als Prokuristen Auftretenden mit Ordnungsstrafen wegen unbefugter Gerirung als Prokurist einschreiten muß[18]). Die weitere Folge ist, daß die per

---

16) Vgl. **ROHG.** Bd. 22 S. 71.

17) Vgl. **RG.** Bd. 12 S. 10, Bd. 15 S. 36: Wenn ein unter die im Art. 10 aufgeführten Klassen gehöriger Kaufmann gestattet, daß der Erwerber seines Geschäftes dieses unter seinem Namen fortführe, so wird er durch die von dem Erwerber mit Dritten abgeschlossenen Verträge verpflichtet, wenn er nicht den Eintrag der in Bezug auf den Inhaber der Firma eingetretenen Veränderung in das Handelsregister veranlaßt oder wenigstens dieselbe bekannt macht.

18) Es kann unter Umständen in einem solchen Verfahren ein Anhaltspunkt dafür gefunden werden, daß der Gewerbebetrieb ein solcher ist, der den Inhaber zum Vollkaufmann macht. In Hannover (Einf.-Ges. § 6), Oldenburg (Einf.-Ges. Art. 5) und Bremen (Einf.-Verordn. § 5) ist, sobald ein Geschäft mit

procura vorgenommenen Handlungen auch dem Dritten gegenüber nicht als Handlungen eines Prokuristen gelten können. Es frägt sich nun aber, ob diese Handlungen überhaupt keine rechtlichen Wirkungen haben, ob ihnen alle Verbindlichkeit für den Prinzipal abzusprechen sei. Eine solche Strenge dürfte nicht gerechtfertigt sein. Allerdings wird die Zeichnung per procura als solche formell eine rechtliche Bedeutung nicht zu äußern vermögen; denn als Prokurazeichnung ist sie unzulässig, daher als nicht bestehend anzusehen und die Erklärung als eines mit Vollmacht und im Namen des Auftraggebers Handelnden wird durch diese Art der Unterschrift dem Wortlaute nach nicht abgegeben.

Dagegen ist die Handlung selbst, sei es, daß sie durch Zeichnung der Prokura bekundet wurde oder nicht, als die Handlung eines Bevollmächtigten anzusehen; denn wenngleich die Prokura, wie sie von dem Handelsgesetzbuche ausgebildet ist, sich recht eigentlich als ein eigenthümliches Rechtsinstitut darstellt, so bleibt dieselbe im Rechtssysteme doch immer nur eine besonders gestaltete Vollmacht mit ausgedehntestem Umfange und der Prokurist ist daher jedenfalls Bevollmächtigter des Prinzipals. Wenn nun der Inhaber eines geringen Geschäftes eine Person als Prokuristen aufstellt, so kann man, da er hiezu ein Recht nicht hat, allerdings sagen: diese Aufstellung ist ihrem Wortlaute nach eine bedeutungslose Handlung; allein unter Berücksichtigung des Art. 278 des HGB., und da derjenige, welcher einen Prokuristen aufstellt, damit nach der Definition des Art. 41 neben der Ermächtigung, die Firma per procura zu zeichnen, zugleich stets die Ermächtigung ertheilt, im Namen und auf Rechnung des Inhabers das Geschäft zu betreiben, muß ein solcher Prokurist stets[19]) als für das ganze Handelsgewerbe bevollmächtigt angesehen werden. Es finden deshalb die Bestimmungen des Art. 47 auf einen solchen Bevollmächtigten Anwendung[20]).

Man hat versucht, hiebei einen Unterschied zu machen, ob die Prokuraertheilung formell vorgenommen, namentlich etwa durch Cirkular bekannt gemacht, oder nur stillschweigend die Ermächtigung ertheilt worden sei, per procura den Namen des Prinzipals zu zeichnen. Im letzteren Falle soll keineswegs die Absicht, eine auch nur einigermaßen ausgedehnte Vollmacht zu ertheilen, anzunehmen sein. Es wird hiefür als Grund angegeben[21]), daß bei den meisten unter Art. 10 fallenden Personen eine Kenntniß der kaufmännischen Uebung nicht vorauszusetzen sei. Allein wenn einmal eine solche rein kaufmännische Formel der Ermächtigung gewählt wird, so liegt darin wohl ein Beweis für die genügende Kenntniß des Institutes, und wer eine allgemeine Ermächtigung ertheilt, seinen Namen per procura zu zeichnen, der hat damit auch den hiezu Ermächtigten zum Betriebe des ganzen Geschäftes nothwendig bevollmächtigt. Anders wäre es, wenn die

---

einem Prokuristen betrieben wird, der Inhaber gehalten, sich in das Register einzutragen zu lassen.

19) Goldschmidt (S. 524 N. 32), ebenso v. Hahn (§ 5) „im Zweifel"; allein wenn einmal Jemand einen Prokuristen aufgestellt hat, so hat er ja der Begriffsbestimmung zufolge einen Generalbevollmächtigten aufgestellt, nur die Zeichnung der Firma per procura kann er nicht gestatten, weil er eben keine Firma hat, und die Bestimmungen des HGB. über den Umfang der Prokura (Art. 42 und 43) sind damit ausgeschlossen, mehr aber nicht.

20) Uebereinstimmend Staub § 8; Puchelt Anm. 3.

21) v. Hahn a. a. O.

Erlaubniß etwa nur dahin ginge, diesen konkreten Brief, diese konkrete Urkunde per procura zu zeichnen; in solchem Falle würde der Auftrag nur auf eine bestimmte Handlung gerichtet sein und den Auftraggeber nur für diese Handlung binden.

Es ist nun nicht zu läugnen, daß ein Dritter hiedurch verleitet werden kann, denjenigen, der in einem speziellen Falle als Prokurist zu handeln bevollmächtigt war, für allgemein mit procura versehen anzunehmen. Noch wichtiger wird dieses in dem Falle, wenn der als Prokurist förmlich Aufgestellte (der aber nach dem Obigen nur General-Handlungsbevollmächtigter ist) Handlungen vornimmt, welche nach Art. 47 Abs. 2 zwar dem Prokuristen, aber nicht dem Generalbevollmächtigten zustehen[22]) und es fragt sich deshalb, ob nicht, wie in den Prot. S. 1278 ausgesprochen wurde, derjenige, welcher ohne die erforderliche Qualifikation eine Prokura ertheilt und dadurch bestimmte Dritte in Irrthum geführt hat, dieses sein eigenes Faktum nicht anfechten darf und die Wirkung der Prokura vertreten muß.

Da jedoch ein Mandatsvertrag selbstverständlich nur durch den Willen der Kontrahenten, nicht aber durch dolus oder culpa abgeschlossen werden kann, so wird eine von einem Nicht- oder mangelhaft Bevollmächtigten vorgenommene Handlung dadurch, daß der Gegenkontrahent in gutem Glauben ist, nicht zu einer rechtlich im Namen des Prinzipals vorgenommenen und daher für diesen verbindlichen Handlung. Da überdies das Handelsregister öffentlich ist, so kann derjenige, welcher namentlich bei einem an sich unter Art. 10 fallenden Geschäftsmanne die Erkundigungspflicht versäumt, den aus dieser seiner Nachlässigkeit entstehenden Schaden nicht von sich ablehnen. Es ist deshalb nur etwa bei einem dolus eine Entschädigungspflicht begründet.

5) Höker (auch Huckler, Huker) werden diejenigen Handelsleute genannt, welche auf Straßen, Plätzen, in Haus- oder anderen Gewölben oder auch auf offenem Markte ihre Waaren feilbieten. Daß gerade Lebensmittel Gegenstand ihres Verschleißes sein müssen[23]), ist nicht nothwendig; wohl aber, daß der Höker seine Waare nicht selbst produzirt[24]).

Trödler (Tändler) heißt man im gewöhnlichen Leben diejenigen, welche alte Kleider, Möbel und Geräthe zusammenkaufen und weiter verkaufen[25]). Be-

---

22) Der weitere von Goldschmidt S. 524 Note 32 bemerkte Fall der Beschränkung einer solchen Prokura ist weniger von Wichtigkeit; denn entweder die Prokura ist nur hinsichtlich der in Art. 47 Abs. 2 bezeichneten Handlungen beschränkt: dann fällt er mit dem obigen zusammen; sind aber noch andere Handlungen ausgenommen, so gilt diese Beschränkung auch für den Handlungsbevollmächtigten nicht; vgl. die Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen in Bayern Bd. 2 S. 45.

23) Allerdings werden an manchen Orten nur die eigentlichen Rohproduktenhändler (insbesondere Händlerinnen) Höker, Hökerweiber genannt (vgl. Goldschmidt S. 528 Note 36), allein im Allgemeinen fallen auch die übrigen vom sogenannten Standhandel lebenden Personen hieher. Vgl. Rechtsprechung des RG. in Straff. Bd. 8 S. 541, Bd. 9 S. 690.

24) In der Regel wird der Höker seine Waaren nicht vom Grossisten, sondern selbst wieder nur vom Detailisten beziehen.

25) Mit Recht macht Goldschmidt S. 510 Note 6 die Bemerkung, daß die vom Trödler geschlossenen Geschäfte weder nothwendigerweise noch gewöhnlich Trödelverträge (ästimatorische Kontrakte) sind.

steht der Handelszweig im Ankaufe und Verkaufe von alten Büchern (Handschriften, Musikalien) oder Kunstgegenständen, so pflegt man die damit sich Beschäftigenden, wenn sie eine geschäftlich höhere Stellung einnehmen, Antiquare zu nennen[26]). Diese letzteren fallen (vgl. unten Ziff. 6) nicht unter die in Art. 10 genannten Personen; sie sind als Vollkaufleute zu erachten.

Hausirer sind die von Haus zu Haus oder in den Straßen mit ihren Waaren[27]) umherziehenden Handelsleute[28]).

6) Dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetriebe.

Es besteht über die Auslegung dieser Stelle eine Kontroverse. Die eine Ansicht geht dahin, daß das Gesetz von der Klasse der Vollkaufleute alle Kaufleute ausschließen wollte, deren Gewerbebetrieb ein geringer ist, und hiebei der Höker, Trödler oder Hausirer nur deshalb besonders erwähnte, weil bei ihnen diese Voraussetzung gewöhnlich eintritt, so zwar, daß auch diese, wenn ihr Geschäft ausnahmsweise ein nicht geringes wäre, gleichfalls nicht unter dem Art. 10 stehen[29]).

Die andere Ansicht will vor Allem bei Hökern, Trödlern und Hausirern eine Rücksicht auf den Umfang ihres Geschäftsbetriebes ausgeschlossen wissen; diese sollen unter allen Umständen unter den Art. 10 fallen. Dagegen soll auf das Wort dergleichen Gewicht gelegt und daraus gefolgert werden, daß nur solche Handelsleute unter Art. 10 zu subsumiren seien, deren Gewerbebetrieb nicht nur gering ist, sondern, wenn er auch nicht diejenigen, beziehungsweise alle diejenigen Eigenschaften hat, welche den Höker-, Trödel- und Hausirhandel charakterisiren, doch nach der einen oder anderen Richtung mit einer oder der anderen dieser Handelsarten Aehnlichkeit besitzt[30]).

Es ist nun vor Allem zu konstatiren, daß, wie die Protokolle ausweisen (S. 1280), die Mitglieder der Konferenz selbst über die Tragweite und Auslegung des Gesetzes uneinig waren, und es ist ferner darauf hinzuweisen, daß es, wie Endemann mit Recht bemerkt, weder dem Leben selbst noch der Idee des

---

26) Im gewöhnlichen Leben unterscheidet man den Büchertrödler ganz richtig vom Antiquar.

27) Nicht blos mit Proben: Entscheidungen des RG. in Strafsachen Bd. 4 S. 121.

28) Das Wort „Hausirer“ begreift hier nur diejenigen Händler, welche ihre Waare (z. B. auch Federvieh), die sie in Körben, Kästen, Wägen oder ähnlichen Behältnissen bei sich führen, von Haus zu Haus ziehend, feilbieten. Dagegen ist der mit Pferden, Rindvieh oder Schweinen umherziehende Viehhändler nicht Hausirer, ebensowenig der Krämer, welcher seine Waaren auf Märkten oder bei Festen auslegt (Entscheidungen d. RG. in Strafsachen Bd. 20 S. 387, 168).

29) Koch Anm. 20; Thöl § 39; Oppenhoff, Rechtspr. des Obertribunals Bd. 8 S. 56, Bd. 17 S. 167.

30) v. Hahn § 7; Goldschmidt § 46 N. 36; Makower Note 40; Puchelt Anm. 5; Staub § 2. Gad S. 16 schließt sich der ersteren Ansicht, Wächter S. 20 Note 11 und Auerbach S. 40 mehr der letzteren an; dieser will die geringen Handelsleute nach Analogie bestimmt wissen, und führt z. B. Gerümpler, Fettkrämer, Besucher von Jahrmärkten als hieher gehörig an. Ebenso stehen auf dieser Seite die in Busch Archiv Bd. 7 S. 158, Bd. 9 S. 111, Bd. 13 S. 407 veröffentlichten Erk. des Berliner Obertribunales, das ebendaselbst Bd. 8 S. 111 abgedruckte Urtheil des Kammergerichts zu Berlin und die Urtheile des RG. in Strafsachen Bd. 4 S. 120 und 281.

Handelsgesetzbuches entspricht, mit scholastischen Kategorieen die Frage lösen zu wollen. Hievon ausgehend wird man aber die zweite der oben entwickelten Ansichten nicht theilen können. Es ist gar nicht abzusehen, weshalb nicht z. B. Antiquare, welche vielleicht Tausende von Mark in einem Tage umsetzen, weil sie nominell unter die Klasse der Trödler fallen, den Vollkaufleuten nicht beizuzählen sein sollen[31]). Andererseits kann ein Geschäftsmann, der nach der Art seines Gewerbes ganz allgemein als Kaufmann erscheint, deshalb unter Art. 10 nicht subsumirt werden, weil sein Gewerbebetrieb ein geringer ist; während ein an und für sich und seiner Natur nach geringfügiger Handelsbetrieb auch dann nach Art. 10 zu beurtheilen ist, wenn er sich nicht dem Höker-, Hausir- und Trödelhandel analog verhält. Sonach werden beispielshalber diejenigen Personen, welche Bänder, Nadeln, Knöpfe u. s. w. auf offenen Straßen sitzend feil haben, als eine Art Höker, diejenigen, welche Asche, Knochen, Lumpen u. s. w. im Lande umherziehend einkaufen, als eine Art Hausirer, die fliegenden Buchhändler als eine Art Trödler nach Art. 10 zu behandeln sein, nicht weniger aber auch die kleinen Krämer, wenn gleich sie in ständigem Laden verkaufen, in Bayern und Süddeutschland die Fragner[32]), Kleinpfragner, Pfenfer[33]), Greißler, Salzstößler, Priechler; desgleichen die Vogelhändler, welche Vögel, Käfige, Vogelfutter u. dgl., wenn auch im Ladengeschäfte, führen, die umherziehenden Viehhändler[34]) u. s. w.

Nicht einmal das Kriterium des Verkaufens ist als nothwendige Voraussetzung festzuhalten[35]); diejenigen Wechsler, welche (wie dies in Italien, Wälschtirol u. dgl. häufig vorkommt und bei uns vorkommen kann) lediglich den Austausch der kleinen Münze vermitteln, fallen, obwohl sie mit den drei genannten Kategorieen keine Aehnlichkeit haben, dennoch unter Art. 10. Es wird demnach, um einen Handelsmann unter die Nicht-Vollkaufleute zu zählen, lediglich vorausgesetzt, daß der Gewerbebetrieb seiner Natur nach ein solcher ist, für welchen die Vorschriften über Firmen, Prokuren und Buchführung nicht wohl passen, eine rein thatsächliche Frage, welche zu entscheiden dem richterlichen vernünftigen Ermessen überlassen ist[36]).

---

31) Noak (in Busch's Archiv Bd. 2 S. 20) findet den Grund darin, daß sie nicht nach allgemeinen Werthmessern, sondern nach besonderem Stückwerthe einhandeln. Dieses geht offenbar zu weit. Die im Texte vertretene Ansicht ist auch ausgesprochen in einem Erk. des Kölner Appellhofes vom 18. Juni 1862; Centralorgan Bd. 2 S. 207 (Busch Archiv Bd. 2 S. 152). Hiebei ist doch wohl nicht, wie Goldschmidt a. a. O. meint, der Unterschied zwischen dem Antiquar und dem gewöhnlichen Büchertrödler übersehen. Aber dieser Unterschied ist eben nur in dem Umfange des Geschäftsbetriebes gelegen, er ist kein qualitativer, der Antiquar bleibt immer Trödler im weiteren Sinn und wenn man ihn trotzdem nicht unter Art. 10 fallen lassen will, wird man zu dem im Texte eingenommenen Standpunkte gedrängt.

32) Ein Erkenntniß in Posset Sammlung gerichtl. Entsch. Bd. 1 S. 391.

33) Pfenferei von Pfennig herstammend, Läden, in welchen ganz geringe „Pfennigwaaren" verkauft werden.

34) Alle Viehhändler unter Art. 10 zu reihen, wie z. B. Noak in Busch's Archiv Bd. 2 S. 20 thut, ist unmöglich; s. hierüber N. 28.

35) Wie in dem citirten Aufsatze Noak's vertheidigt wird.

36) In dieser Weise hat auch das Kgl. Sächsische Justizministerium seine Direktiven ertheilt, vgl. Busch Archiv Bd. 1 S. 527 und 528, Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 6 S. 556.

Demnach wird nicht ein jeder Landkrämer in das Handelsregister eingetragen, ebenso nicht jeder Spezereiwaaren- oder Cigarrenhändler (Priechler u. dgl.), wenn auch diese nicht ausdrücklich im Gesetze genannt sind.

Man hat zwar versucht, diese Ansicht auf Grund der Berathung und der verschiedenen Abstimmungen als irrig zu bezeichnen[37]), allein mit Unrecht. Die Protokolle (S. 1261 und 1262) zeigen, daß nicht etwa das richterliche Ermessen als maßgebend ausgeschlossen werden sollte, sondern daß nur die allzugroße Unsicherheit zu beseitigen und die Möglichkeit abzuschneiden beabsichtigt war, daß zu viel Gewicht auf das rein faktische und zufällige Moment der Ausdehnung des Geschäftsbetriebes gelegt, daß somit nicht etwa Jemand troß der großartigsten Anlagen seines Geschäftes als Vollkaufmann deshalb nicht angesehen werde, weil er momentan keine Kundschaft habe. Die Ablehnung (Prot. S. 1281) des Antrages, die Kleinkrämer speziell zu nennen, deren Gründe nicht bekannt sind, kann gleichfalls nicht entscheiden. Dagegen ist als bei der Abstimmung maßgebendes Prinzip offenbar anzusehen, daß alle Geschäfte, welche ihrer Natur nach in der Regel nur mit einer geringen Ausdehnung betrieben werden, zu denjenigen nicht zählen sollen, deren Betrieb den Kaufmann zum Vollkaufmanne macht.

7) Wirthe.

Der Wirth treibt sein Gewerbe in der Art, daß er entweder den Gästen Kost, Bedienung und Wohnung gibt (Gastwirthe) oder nur letzteres allein (**hôtel garni**) oder nur ersteres allein (Schenkwirthe, Kafetiers, Restaurateure, Traiteurs). Insoferne also Lebensmittel, Fleisch, Gemüse, Mehl u. s. w., Kaffee, Bier, Wein, Liqueure u. s. w. angeschafft und in verarbeitetem oder unverarbeitetem Zustande weiter veräußert werden, erscheint der Wirth als Kaufmann[38]).

Bei den Berathungen des Art. 10 war beantragt worden, die „Wirthe“, von anderer Seite die „Gastwirthe“, von dritter die „Schenkwirthe“ unter den Ausnahmen zu nennen[39]); letzteres erhielt anfänglich in zweiter Lesung die Mehrheit[40]), später aber[41]) wurde der allgemeine Ausdruck Wirthe substituirt und dabei verblieb es, ohngeachtet noch in dritter Lesung[42]) sowohl der Abstrich des „Wirthes“, wie die Limitirung in „Schenkwirthe“ wiederholt beantragt wurde.

Es sind demnach alle Wirthe, auch die großen Gasthofbesitzer[43]), als Vollkaufleute nicht zu erachten; es wäre denn, daß sie aus anderen Gründen zu denselben gehörten. Ein Brauer, welcher sein Geschäft im Großen betreibt, aber zugleich eine Taverne hat, ein Weinhändler, welcher auch im Detail in einer Weinstube ausschenkt, fällt unter den Begriff des Vollkaufmannes[44]); wenn aber,

---

37) Vgl. z. B. Goldschmidt a. a. O.

38) Insoweit sie nur Zimmer vermiethen und Bedienung gewähren, sind die Wirthe ohnehin keine Kaufleute. Vgl. Sammlung handelsger. Entscheidungen Bd. 1 S. 109, 471, und Busch Archiv Bd. 1 S. 221.

39) Prot. S. 1261.

40) Prot. S. 1262.

41) Prot. S. 1281.

42) Prot. S. 4509.

43) Die Berliner Gerichte haben übereinstimmend einen Gasthofbesitzer, der an Aktienbier für 18,000 Thaler jährlich umsetzte, unter Art. 10 subsumirt, siehe Busch Archiv Bd. 6 S. 16. Vgl. auch **ROHG**. Bd. 10 S. 243.

44) Hahn § 9 Note 4; Entsch. des **RG**. i. Straff. Bd. 4 S. 282.

wie dies regelmäßig der Fall ist, z. B. ein Weinwirth auch Wein in Flaschen über die Straße abgibt, oder ein Austernkellerbesitzer auf Verlangen einige Dutzend Austern in die Wohnung schickt, so wird er dadurch noch nicht verpflichtet, sich in das Register eintragen zu lassen. Denn hierin liegt kein eigentlicher Handel, sondern nur die Ausübung der Wirthschaft.

8) Gewöhnliche Fuhrleute, gewöhnliche Schiffer.

Diese Begriffsbestimmung ist mit der in Art. 272 Abs. 3 gegebenen zusammenzuhalten; in der letzteren (theilweise auch in Art. 271 N. 4) ist die Thätigkeit der Fuhrleute und Schiffer als Vollzug von Handelsgeschäften erklärt; der Frachtführer (per Achse oder zu Wasser) ist daher Kaufmann (vgl. Art. 4). In der ersten Lesung[45]) war nun entsprechend der Bestimmung, daß die kaufmännische Eigenschaft durch den Betrieb des Personentransportes nicht erworben werde, auch der gewöhnliche Frachtfuhrmann als Nichtkaufmann bezeichnet worden. Dieses System machte in zweiter Lesung dem jetzigen Platz, wonach jeder Frachtführer Kaufmann, die gewöhnlichen Fuhrleute und Schiffer aber nicht Vollkaufleute sind.

Unter „gewöhnlichem Fuhrmann" ist nicht der sogenannte Fuhrknecht zu verstehen; dieser ist kein Kaufmann, sondern nur Bediensteter eines solchen; ebenso ist unter „gewöhnlichem Schiffer" nicht der im Buch V Titel III des Gesetzbuches mit dem technischen Namen „Schiffer" bezeichnete Führer eines Schiffes für fremde Rechnung (Schiffskapitän)[46]) oder der Schifferknecht begriffen; sondern in beiden Fällen sind diejenigen Frachtführer gemeint, deren Gewerbe entweder ein geringes, handwerksmäßig betriebenes oder wenigstens ein solches ist, welches man im gewöhnlichen Leben nicht als Transportanstalt ansieht. Dadurch, daß der Fuhrmann oder Schiffer die Transporte selbst besorgt, wird er sich regelmäßig als „gewöhnlicher" Fuhrmann oder Schiffer charakterisiren; entgegengesetzten Falles aber ist er nicht an und für sich Vollkaufmann, vielmehr wird es hiebei auf nähere Erwägung aller Umstände anzukommen haben[47]).

9) Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerkes hinausgeht.

Der Handwerker im eigentlichen Sinne ist nicht Kaufmann. Wer ohne fabrikmäßigen Betrieb lediglich mit seiner Hände Arbeit bewegliche Sachen für Andere bearbeitet oder verarbeitet, vollzieht nach Art. 272 Nr. 1 keine Handelsgeschäfte. Das reine Handwerk ist aber im modernen Verkehre in vielen Zweigen fast gänzlich verschwunden; fast jeder Handwerker treibt zugleich Handel, er läßt sich seine Arbeit nicht nur abmiethen, sondern er veräußert die durch seine Arbeit veränderten Objekte; indem er den Werth der angeschafften Sachen durch seine Geschicklichkeit über den Ankaufspreis erhöht, spekulirt er. Er ist also Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches, denn er schafft Material, also bewegliche Sachen an, um

45) Prot. S. 534.

46) Prot. S. 535. Vgl. Puchelt Anm. 8; andererseits Gareis-Fuchsberger N. 5 g. Betreibt der Schiffskapitän das Geschäft auf eigene Rechnung, so ist er zugleich Rheder und daher Kaufmann.

47) Prot. S. 1276. Auch der gewöhnliche Lastfuhrmann, der das Fuhrgeschäft nur im Lokalverkehr betreibt, ist im Allgemeinen Kaufmann, fällt aber unter Art. 10 (**ROHG**. Bd. 12 S. 196).

solche seinerzeit in verändertem Zustande weiter zu veräußern[48]); er betreibt die in Art. 271 Ziff. 1 aufgeführten Handelsgeschäfte, und zwar gewerbemäßig[49]).

Dagegen ist der Handwerker nicht Vollkaufmann, so lange er sich innerhalb der Grenzen seines Handwerkes bewegt; eine Frage, welche nach den thatsächlichen Momenten des Falles zu entscheiden kommt. Dabei kann wohl schon in der Benennung ein Anhaltspunkt gefunden werden; ausschließlich maßgebend ist dieselbe natürlich nicht[50]). Aber auch der Geschäftsumsatz in Verbindung mit der Größe des Geschäftspersonals ist nicht allein entscheidend[51]). Es muß bei Beurtheilung der Frage, ob ein blos handwerksmäßiger oder ein fabrikmäßiger Betrieb vorliegt, auf die gesammten Verhältnisse, vor Allem aber auf die Größe und Art der Anlage, auf die Einrichtung und Beschaffenheit des Betriebes Bedacht genommen werden, wobei insbesondere die Art der benutzten gewerblichen Hülfsmittel (Maschinen oder Werkzeuge), die Qualität, immerhin aber auch die Zahl des beschäftigten Hülfspersonals, der Grad der Ausnutzung der Arbeitstheilung unter den Gehülfen einerseits, zwischen diesen und dem Gewerbeunternehmer

---

48) So der Bäcker das Mehl, der Kürschner die Pelze, der Schäffler oder Büttner das Holz, der Gerber die Häute, der Metzger die Thiere, der Müller das Getreide, der Brauer Hopfen und Malz, der Tischler das Holz, der Schneider die Stoffe 2c.; vgl. die Sammlung handelsg. Entscheid. Bd. 1 S. 393, 394, 474, Bd. 2 S. 88; ferner die Citate in Note 38 zu Art. 4. Wenn der Handwerker die zu verarbeitenden Rohstoffe selbst anschafft, ist er Kaufmann selbst dann, wenn er die Verarbeitung nur auf Bestellung vornimmt. Die Kaufmannseigenschaft fehlt aber demjenigen Handwerker, bei welchem sich die Anschaffung auf die Zuthaten — wie beim Schneider auf Knöpfe, Zwirn, Futter 2c. — beschränkt (**ROHG.** Bd. 7 S. 237).

49) Man hat versucht, dem Ausdrucke „weiter zu veräußern" im Art. 271 Ziff. 1 einen eingeschränkteren Sinn beizulegen und denselben als identisch mit „Handelsgeschäfte zu vollziehen" zu erklären, so daß nur jene Anschaffung ein Handelsgeschäft sein soll, deren Objekt durch ein Handelsgeschäft weiter zu veräußern beabsichtigt wird. Da nun in Art. 273 Abs. 3 die Weiterveräußerungen, welche von Handwerkern in Ausübung ihres Handwerksbetriebes vorgenommen werden, keine Handelsgeschäfte sind, so wäre, von jener Auslegung ausgehend, auch die Anschaffung des Materials Seitens der Handwerker kein Handelsgeschäft und somit würden auch die handeltreibenden Handwerker keine Kaufleute sein. Vgl. insbesondere Ladenburg in Busch Archiv Bd. 3 S. 413; Noak ebendas. Bd. 8 S. 373; Voigtel ebendort Bd. 1 S. 471; ferner Entscheidungen sächsischer Gerichte: Allgemeine sächsische Gerichtszeitung v. 1862 S. 277 und Annalen des Dresdener OAG. Bd. 8 S. 481 (eine Ausnahme macht das App.-Ger. zu Leipzig vgl. Busch Archiv Bd. 1 S. 220). Ebenso zwei Preußische Erkenntnisse in Busch Archiv Bd. 9 S. 134 und 463. Diese Anschauung darf aber nunmehr wohl als aufgegeben angesehen werden. (Vgl. Goldschmidt § 46 Note 43 und die dort citirte Literatur.) Jedenfalls steht die neuere Rechtsprechung konstant auf dem im Texte vertretenen Standpunkte (s. vorige Note).

50) Es wird namentlich für den beabsichtigten Geschäftsumfang nicht ganz ohne Bedeutung sein, ob z. B. Derjenige, welcher in einem Laden Stiefel und Schuhe verkauft, als Schuhmachermeister auf dem Ladenschilde steht, oder ob sich das Geschäft als „Schuhfabrik" äußerlich ankündigt. Vgl. auch Goldschmidt § 46 zu Note 39 c; A. M. Staub § 5.

51) Beschl. d. preuß. Kammergerichts v. 14. Oktober 1889, Johow Bd. 9 S. 11; dort ist bemerkt, daß, wenn durch einen größeren jährlichen Geschäftsumsatz das Hinübergreifen über den blos handwerksmäßigen Betrieb konstatirt würde, die meisten bestehenden Fleischergewerbe zur Eintragung in die Firmenregister gelangen müßten, was allerdings thatsächlich nicht der Fall ist.

andererseits (ob namentlich eine Unterscheidung der technischen Thätigkeit der Gehülfen von der kaufmännischen Thätigkeit des Geschäftsherrn Platz greift), die Beschaffenheit der für Ausübung des Gewerbes dienenden Räumlichkeiten ꝛc. in's Gewicht fallen[52]).

An sich kann der Handwerker, wenn er „Handwerker" bleiben will, nur eigenes Fabrikat verkaufen; wer gearbeitete Sachen anschafft und weiter veräußert, handelt in dieser Weise nicht als Handwerker. Doch hat auch hier der moderne Verkehr eine Modifikation hervorgerufen. Wenn ein Buchbindermeister in seinem Laden Kalender, Mappen, Schreibpapier, Bilderbogen, Federn, Stifte u. s. w. zum Verkaufen aufliegen hat, bleibt er nach gegenwärtig üblichen Begriffen doch noch ein Buchbinder und wird nicht zum Schreibmaterialienhändler. Wenn er dagegen Gegenstände auf Lager hält, welche mit seinem Handwerke in gar keinem Zusammenhange mehr stehen, z. B. Glaswaaren[53]), so ist er nicht blos Buchbinder, sondern auch Glashändler, und daher regelmäßig Vollkaufmann. Doch wird in beiden Richtungen eine Limitation nothwendig. Wenn die fremden Arbeiten die eigenen beträchtlich übersteigen, so wird der Handwerker dem Art. 10 nicht mehr unterworfen sein[54]); wenn Jemand ein Schuhwaarenlager von vielen Tausenden hält, für welches etwa die Schuhmacher der ganzen Gegend Hausarbeit liefern, so bleibt der Inhaber Vollkaufmann, wenn auch in seiner eigenen Werkstätte einige hundert Schuhe und Stiefel jährlich gemacht werden. Andererseits wird der Handwerker nicht zum Vollkaufmanne, wenn die beigelegten fremdartigen Waaren unbedeutend sind oder in den Kreis der Hökerei und des Trödelgeschäftes fallen. Der Schneider, welcher in seinem Laden außer den fertigen Kleidern etwa auch Modebilder oder dergl. verkauft, ist kein Vollkaufmann; ebensowenig der Instrumentenmacher, der in seinem Laden neben den Zithern, Guitarren u. s. w. Cigarren verkauft. Bei der freien Gewerbeordnung wird gerade der kleine Handwerksmann, um seinen Laden und die für das Ladengeschäft doch nöthige Thätigkeit auszunützen, sich den einen oder anderen Artikel beilegen und es würde offenbar gegen die Absicht des Art. 10 verstoßen, diese kleinen Leute deshalb unter denselben nicht mehr zu subsumiren.

10) Keine Anwendung.

Es fragt sich, wie es in denjenigen Fällen zu halten ist, in welchen ein

---

52) Vgl. Goldschmidt § 46 zu Note 39 b; dessen Zeitschrift Bd. 34 S. 560; Rechtspr. d. RG. in Straff. Bd. 5 S. 489; ebenda S. 533 (handwerksmäßiger Betrieb nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gewerbtreibende in andere Provinzen reist behufs Absatzes seiner Arbeitsprodukte); Rechtspr. Bd. 8 S. 127 (die Benutzung maschineller Vorrichtungen nicht ausschlaggebend); Entsch. d. RG. in Straff. Bd. 1 S. 379; Bolze Bd. 6 Nr. 346 (Handwerksbetrieb trotz Beschäftigung auswärts arbeitender Gehülfen).

53) Beispiel von Goldschmidt S. 539.

54) In ähnlicher Weise entschieden von dem Braunschweiger Handelsgerichte, bei Busch Archiv Bd. 8 S. 210; vgl. v. Hahn § 13 lit. b. Das RG. hat zunächst allgemein den Handwerker, welcher außer den von ihm selbst verfertigten Waaren solche, die er in fertigem Zustande angeschafft hat, weiter veräußert, z. B. den Uhrmacher, der auch fertige Uhren feilhält, für einen Vollkaufmann erklärt (Entsch. i. Straff. Bd. 8 S. 147), später aber diesen Standpunkt aufgegeben und sich dahin geäußert, daß solche Anschaffungen die Vollkaufmannseigenschaft dann nicht begründen, wenn gleichwohl der ganze Betrieb den Charakter der Handwerksmäßigkeit beibehält (Entsch. i. Straff. Bd. 21 S. 209). Diese neuere Anschauung des RG. ist mit der im Texte festgehaltenen im Wesentlichen übereinstimmend.

Handeltreibender nach seiner einen Thätigkeit zu den im Art. 10 genannten Kategorien gehört, während er im Uebrigen als ein sog. Vollkaufmann erscheint, und umgekehrt. Vor Allem muß festgehalten werden, daß der Artikel 10 die Personen und nicht das Gewerbe im Auge hat, indem er sich des Ausdruckes „Handelsleute" u. s. w. bedient[55]).

Wie nun aber der Gutsbesitzer, welcher zugleich ein Bankiergeschäft besitzt und ausübt, seiner ganzen Person nach ein Kaufmann ist, und als solcher vom Gesetze behandelt wird, so bleibt der Wirth, gewöhnliche Fuhrmann, gewöhnliche Schiffer und Handwerker[56]) eben kein Wirth, kein gewöhnlicher Fuhrmann oder Schiffer, kein Handwerker mehr, wenn er neben der „Wirthschaft" z. B. eine Weinhandlung ausübt, wenn er zwar selbst einen Frachtwagen führen sollte, aber dabei ein großes Speditionsgeschäft treibt, wenn er z. B. ein gelernter Schneider oder Schuhmacher ist, und Gesellen hält, aber eine Tuch- oder Lederhandlung besitzt. Indem er durch diese Art des kaufmännischen Gewerbebetriebes aus dem Art. 10 heraustritt, überkommt er alle Rechte und Pflichten eines Vollkaufmannes. Daraus folgt jedoch nicht, daß er diese nun auch hinsichtlich des geringeren Gewerbebetriebes erlangt[57]). Der Wirth, welcher zugleich eine Weinhandlung ausübt, kann zwar für die Weinhandlung, nicht aber für sein Wirthsgewerbe einen Prokuristen bestellen; der Schneider, welcher zugleich eine Tuchhandlung führt, muß zwar über letztere, nicht aber über sein Schneidergewerbe, Buch führen; der Schuhmacher, welcher zugleich mit amerikanischem Leder handelt, hat als Lederhändler, nicht aber als Schuhmacher, eine Firma[58]).

11) Gelten nicht als Handelsgesellschaften (Abs. II).

Eine Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben. Wo also keine Firma vorhanden ist, kann auch keine Handelsgesellschaft bestehen[59]); da nun Höker, Trödler, Hausirer und dergleichen geringere Handelsleute, Wirthe, Schiffer, Fuhrleute und gewöhnliche Handwerker eine Firma nicht besitzen, so können sie sich zu einer offenen Handelsgesellschaft nicht vereinigen. Noch weniger ist das Institut der Kommanditgesellschaft auf derartigen Handelsbetrieb passend. Natürlich ist es faktisch nicht ausgeschlossen, daß eines der genannten Geschäfte von Mehreren gemeinsam betrieben wird; in einem solchen Falle besteht nun, dem gewöhnlichen

---

55) Es hätte sonst heißen müssen: „finden auf das Gewerbe der Höker u. s. w. keine Anwendung".

56) Bei dem Höker, Hausirer und Trödler kommt ein solches Doppelverhältniß ohnehin nicht vor.

57) Uebereinstimmend Puchelt Anm. 1a; Behrend § 36 Note 17; Staub § 6; a. M. Goldschmidt § 46, insbes. Note 40 ff.

58) Gewiß wird er nicht berechtigt sein, einem Anderen auf Grund des Art. 22 zu gestatten, sein Schuhmacher-Gewerbsetablissement unter dem bisherigen Familiennamen fortzuführen. Bei der im Texte aufgestellten Ansicht wurde davon ausgegangen, daß die beiden Gewerbe selbständig neben einander betrieben werden. Wenn der geringere Gewerbebetrieb nur zur Unterstützung des Vollkaufmannsgewerbes dient, wie z. B. eine handwerksmäßig betriebene Buchdruckerei einer Verlagsbuchhandlung, so ist der Unternehmer ausschließlich Vollkaufmann; vgl. Busch Archiv Bd. 45 S. 361. Bezüglich der Buchführung im Falle des Betriebs eines kaufmännischen Geschäftes neben einem anderen Geschäfte, dessen Natur eine Buchführung nicht erfordert s. RG. Entsch. in Straff. Bd. 5 S. 409.

59) Vgl. Motive zum desfallsigen Antrage in den Prot. S. 1265.

Sprachgebrauche nach, allerdings eine Gesellschaft, aber diese ist vom Gesetze nicht als Handelsgesellschaft anerkannt. Vielmehr sind Vereinigungen von Minderkaufleuten nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurtheilen[60]), nicht aber nach dem früheren, durch das zweite Buch des HGB. aufgehobenen Partikularrecht über Handelsgesellschaften[61]).

Uebrigens wird nicht selten aus dem Zusammentritte mehrerer an und für sich unter die Klasse des Art. 10 fallenden Handelsleute zu einem gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebe rückwärts geschlossen werden können, daß dieser Geschäftsbetrieb eben kein geringfügiger ist, und werden solche Gesellschaften zur Annahme einer Firma so wie zur Erfüllung der im Gesetze den Vollkaufleuten auferlegten Pflichten angehalten werden können[62]).

Da Aktiengesellschaften nunmehr stets Handelsgesellschaften sind (Art. 208), so kann Abs. II des Art. 10 dann keine Anwendung finden, wenn — was gesetzlich zulässig ist — Personen, deren Geschäftsbetrieb zu dem der Minderkaufleute gehört, eine Aktiengesellschaft, z. B. zum Betriebe eines Gasthofes, errichten.

12) Bleibt vorbehalten (Abs. III).

Die älteren Gesetze der einzelnen deutschen Länder, in Bayern die verschiedenen Partikularrechte, stellen andere, von dem im Art. 4 des Handelsgesetzbuches wesentlich abweichende Begriffe des „Kaufmannes" auf. Diese landesgesetzlichen Bestimmungen sind nicht vorbehalten, und der Landesgesetzgebung auch nicht etwa das Recht eingeräumt, dieselben dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche gegenüber beizubehalten. Dagegen ist den lokalen Verhältnissen und etwaigen Bedürfnissen des Verkehres dadurch Rechnung getragen, daß die Landesgesetzgebung mit Bezug auf die Vorschriften des Handelsgesetzbuches und im Anschlusse an das von demselben befolgte System diejenigen besonderen Verfügungen treffen kann, welche der Zustand der partikulären Verhältnisse erfordert. Hiebei ist allerdings vorauszusetzen, daß nicht ein jeder Wunsch Einzelner als Bedürfniß angesehen und die Rechtseinheit dadurch gestört werde.

13) Die bezeichneten Bestimmungen.

Man hatte im Laufe der Berathungen des Gesetzbuches vielfach versucht, der Landesgesetzgebung das Recht einzuräumen, den Begriff des Kaufmannes über-

---

60) Vgl. **ROHG.** Bd. 2 S. 423. Dagegen ist die Anwendung der Bestimmungen von der stillen Gesellschaft und der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung (Buch III) nicht ausgeschlossen (**ROHG.** Bd. 2 S. 425; **RG.** Bd. 9 S. 80). Desgleichen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß schon nach Art. 280 aus den gemeinsam abgeschlossenen Handelsgeschäften die Einzelnen solidarisch verpflichtet sind und daß überhaupt auf derartige Handelsgeschäfte die Vorschriften der Artikel 278 ff. Anwendung finden; vgl. **RG.** a. a. O.; ferner Behrend § 36 N. 16.

61) So auch v. Hahn § 6.

62) Hiegegen läßt sich nicht anführen, daß ein Antrag auf Streichung des ganzen Satzes (Prot. S. 1282) abgelehnt wurde; denn die als Motiv dieses Antrages aufgestellte Ansicht, „es sei in jedem einzelnen Falle Thatfrage, ob eine vorliegende Geschäftsverbindung als Handelsgesellschaft erachtet werden könne, oder nicht", war nicht in der im Texte gegebenen Weise gemeint, sondern dahin verstanden, daß es darauf ankomme, „ob der von mehreren ausgeübte Geschäftsbetrieb einen Einzelnen, wenn er den Betrieb in gleicher Weise vornehmen würde, zum Kaufmanne mache oder nicht."

haupt nach Belieben einzuschränken oder auszudehnen[63]). Allein mit Grund wurde hiegegen eingewendet, es sei Niemandem zuzumuthen, die einzelnen Territorialgesetze zu studiren, um daraus über die Frage klar zu werden, ob eine Handel treibende Person auch wirklich ein Kaufmann sei und welche Rechte und Pflichten daher aus seinen Geschäften für den anderen Kontrahenten erwachsen.

Die Landesgesetzgebung hat in Folge dieser Erwägungen nur die Befugniß, noch andere Handelsleute als die im ersten Absatze des Art. 10 genannten von der Pflicht, sich in das Handelsregister eintragen zu lassen und Bücher zu führen, zu befreien, und ihnen das Recht, sich einer Firma zu bedienen oder Prokuristen zu ernennen, zu entziehen; oder aber diese Pflichten und Rechte allen oder einzelnen jener geringen Handelsleute zu gewähren. Dagegen kann die Landesgesetzgebung Niemanden, der nicht gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt, zum Kaufmanne erklären, und Niemandem, der gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt, die Eigenschaft eines Kaufmannes entziehen; sie kann nicht Kaufleute, sondern nur Vollkaufleute schaffen und abschaffen[64]).

14) Ihres Staatsgebietes.

Die Landesgesetzgebung kann dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche gegenüber sich über die Landesgrenzen hinaus nicht erstrecken. Wenn das Partikularrecht daher gewisse Kaufleute aus der Reihe der Vollkaufleute streichen will, so kann solches nur hinsichtlich der Kaufleute des eigenen Landes geschehen. Wenn z. B. die Lübecker Einwohner A und B, welche zu der dortigen Kaufmannschaft nicht gehören[65]) und deren gemeinschaftliches Cigarrengeschäft daher dort zu den Handelsgesellschaften nicht gerechnet wird, in München eine Zweigniederlassung errichten, so müssen sie sich in das Gesellschaftsregister eintragen lassen, und sind, obgleich in Lübeck dieses nicht der Fall, in München auch in dieser Hinsicht den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches unterworfen.

Andererseits kann den Landesgesetzgebungen auch das Recht nicht abgesprochen werden, die Rechte und Verpflichtungen ihrer Landesunterthanen vollständig zu normiren; es heißt daher nicht „im Staatsgebiete", sondern „des Staatsgebietes". Wenn also ein Sachsen-Coburgischer Hausirer (auf Grund eines von seiner Verwaltungsbehörde ausgestellten Zeugnisses erheblichen Gewerbebetriebes) in dem Handelsregister zu Coburg eingetragen ist, so muß er auch von den bayerischen Gerichten als Vollkaufmann behandelt werden[66]).

---

63) Anträge siehe z. B. Prot. S. 414 Art. 8, S. 514, 528, 532, 1269, 1273, 1427. Noch zur dritten Lesung hatten Kurhessen und Baden desfallsige Monita erhoben.

64) Nicht im Rahmen der der Landesgesetzgebung eingeräumten Befugniß liegen ferner solche Bestimmungen der Einführungsgesetze, welche die Minderkaufleute den Vollkaufleuten theilweise, z. B. in Bezug auf Firma, Prokura und Handelsgesellschaften, nicht aber bezüglich der Eintragung in's Handelsregister und der Verpflichtung zur Buchführung gleichstellen (wie Bremen, Hamburg, Hannover, Oldenburg). Vgl. Behrend Zusatz III zu § 36; Kräwel in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 22 S. 140 ff.

65) Das Lübeck'sche EG. Art. 4 zählt zu den Vollkaufleuten nur die Mitglieder der (Lübecker) Kaufmannschaft, die Inhaber von Fabrik-, Bank- und Wechselgeschäften und von Versicherungsgeschäften gegen Prämie.

66) Vgl. v. Hahn § 17; Goldschmidt § 46 N. 47.

15) Anwendung finden sollen.

Bayern hat von keiner dieser Befugnisse ausdrücklich Gebrauch gemacht[67]), es vielmehr bei den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches einfach belassen. Ebenso Preußen; doch ist hier im Verwaltungswege, in der Instruktion für die Führung der Handelsregister vom 12. Dezember 1861, auf die Gewerbesteuerverhältnisse als eine in der Regel zu beachtende thatsächliche Unterlage zur Beurtheilung der Frage, ob ein Gewerbetreibender als Vollkaufmann einzutragen sei, hingewiesen.

Im Hinblicke auf die bei Art. 4 gegebenen Erörterungen, wonach auch eine Reihe von staatlichen Instituten als kaufmännische und im Allgemeinen als den Rechten und Pflichten der Kaufleute unterworfen zu erklären sind, ergibt sich jedoch die Frage, ob nicht dieselben wenigstens von den Pflichten der Eintragung in das Handelsregister und der Führung kaufmännischer Bücher befreit, ferner, ob nicht hinsichtlich ihrer Beamten und Bediensteten die Bestimmungen über Prokura unanwendbar seien. Diese Frage ist zu bejahen; denn indem diese Institute regelmäßig, sowohl was ihre innere Leitung und die Zusammensetzung der mit dieser betrauten Behörde betrifft, als auch in Betreff ihres besonderen Rechnungswesens, ihrer Buchführung und ihrer ganzen Geschäftsführung durch besondere von der Staatsregierung ausgehende Gesetze und Verordnungen regulirt sind, so muß angenommen werden, daß eben durch die Erlassung und Aufrechthaltung dieser Anordnungen von dem in Art. 10 Abs. 3 gestatteten Vorbehalte Gebrauch gemacht worden ist.

Wenn daher auch die Post, die Staatseisenbahnen u. s. w. als kaufmännische Institute anzusehen sind, so folgt doch hieraus nicht schon von selbst, daß auch die Anmeldung zum Handelsregister und die im HGB. vorgeschriebene Art der Buchführung von ihnen verlangt werden können[68]).

Art. 11.

Durch die Landesgesetze, welche in gewerbepolizeilicher oder gewerbesteuerlicher Beziehung Erfordernisse zur Begründung der Eigenschaft eines Kaufmannes oder besonderer Klassen von Kaufleuten aufstellen, wird die Anwendung der Bestimmungen dieses Gesetzbuches nicht ausgeschlossen; ebenso werden jene Gesetze durch dieses Gesetzbuch nicht berührt.

I. E. Art. 2 Abs. 2. II. E. Art. 10. Prot. S. 536, 1263, 1282, 4629.

Der vorstehende Artikel hat eine doppelte Richtung; er erklärt das Handelsgesetzbuch unabhängig von der Administrativgesetzgebung, er sichert aber auch der letzteren ihre ungeschmälerte Wirksamkeit.

---

67) Ueber andere Einführungsgesetze, insbes. die der Thüringischen Staaten s. Goldschmidt § 46 N. 49.

68) Die Registerpflichtigkeit des Fiskus wird u. A. auch verneint von Gareis, Lehrbuch § 15; Puchelt Anm. 5a Abs. 3 zu Art. 12; vgl. **ROHG.** Bd. 12 S. 311 (315).

An und für sich wäre es klar, daß die civilrechtliche Seite des gewerbemäßigen Handelsbetriebes ohne Rückwirkung auf die polizeilichen und finanziellen Vorschriften geregelt wird, daß jede dieser Normen in ihrem Kreise selbständig besteht, und deshalb hatte auch der Preußische Entwurf diese Frage mit Stillschweigen übergangen. Allein es läßt sich nicht verkennen, daß die anscheinende Allgemeinheit der Definition „Kaufmann ist, wer gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt", die Meinung zu erwecken geeignet ist, als erschöpfe diese gesetzliche Bestimmung alle Vorbedingungen des kaufmännischen Auftretens, als könne sich Jedermann dadurch, daß er eben gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt, überall als Kaufmann etabliren. Dieses ist aber nicht die Absicht des Handelsgesetzbuches, und es wurde deshalb, wie schon zu Art. 4 erwähnt, der Beisatz gemacht „Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuches u. s. w." Hiemit schien jedoch der Handelskonferenz die Frage noch nicht genügend entschieden, daß es der einzelnen Landesgesetzgebung immerhin überlassen sei, die Befugniß, als Kaufmann aufzutreten und öffentlich Handel zu treiben, an die Erfüllung polizeilicher und finanzieller Bedingungen zu knüpfen. Es beantragte deshalb die Redaktionskommission (Prot. S. 535) ausdrücklich, auszusprechen, daß die Landesgesetzgebung die Eigenschaft des Kaufmannes von der Erfüllung gewerbepolizeilicher Vorschriften abhängig machen könne; um jedoch zu verhüten, daß dieser Satz dahin aufgefaßt werde, als erscheine die Erlassung solcher gewerbepolizeilicher Bestimmungen wünschenswerth, wurde dieser Vorbehalt nicht angenommen, jedoch dem Art. 2 des Entwurfes I. Lesung folgender Zusatz gemacht:

> Die etwaigen gewerbepolizeilichen Erfordernisse, welche die Landesgesetze zur Begründung der Eigenschaft als Kaufmann aufstellen, werden durch die Bestimmungen dieses Gesetzes nicht berührt.

Bei der zweiten Lesung wurde hiebei, in der Erwägung, „daß durch die Steuergesetze in mehreren Ländern ein besonderer für die Steuerfrage geltender Begriff vom Kaufmann (nach dem Steuerquantum u. dgl.) festgesetzt sei" (Prot. S. 1282) und mit dem Bemerken, „daß durch diese Aufnahme nicht etwa ungeeignete Konklusionen e contrario bezüglich anderer Gesetze, wie z. B. der Strafgesetze, veranlaßt werden sollten", der Vorbehalt der gewerbesteuerlichen Gesetze eingeschaltet.

Es unterliegt demgemäß keinem Zweifel, daß es der Landesgesetzgebung ohngeachtet der Bestimmungen des HGB.[1]) zusteht, zu bestimmen, Niemand dürfe sich als Kaufmann etabliren, Niemand sei befugt, gewerbemäßig Handel zu treiben, wenn er nicht zuvor eine polizeiliche Konzession erwirkt, ein Patent gelöst, eine Prüfung bestanden habe, desgleichen wenn er nicht die vorgeschriebene Steuer bezahle; es kann auch verordnet werden, daß eine Zuwiderhandlung gegen diese Vorschriften mit Strafe geahndet werde. Dieses ist die eine Seite des Art. 11 und wird durch den Schlußsatz „ebenso werden jene Gesetze durch dieses Gesetzbuch nicht berührt", getroffen[2]).

---

1) Unbeschadet jedoch der Bestimmungen der Reichsgewerbeordnung, durch welche die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung auf gewerbepolizeilichem Gebiete ohnehin sehr eingeschränkt ist, vgl. § 6 der RGO.

2) Wie die noch geltenden landesgesetzlichen Vorschriften in Bezug auf Ge-

Nach der anderen Seite richtet sich dagegen der Eingang des Artikels; die Anwendung der Bestimmungen des HGB. wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die von den Landesgesetzen in gewerbepolizeilicher oder gewerbesteuerlicher Beziehung zur Begründung der Eigenschaft eines Kaufmannes oder besonderer Klassen von Kaufleuten aufgestellten Erfordernisse nicht erfüllt sind [3]). Wenn eine Wittwe das Handelsetablissement ihres verstorbenen Ehemannes fortbetreibt, ohne hiezu die erforderliche polizeiliche Konzession erhalten zu haben, so kann sie sich auf das Senatusconsultum Vellejanum dennoch nicht berufen. Wenn in einem Lande gesetzlich bestimmt ist, nur wer eine Gewerbesteuer von jährlich mindestens 100 Mk. entrichtet, sei als börsenfähig und zum Kaufmannsstande gehörig anzusehen, so ist derjenige, welcher eine geringere Steuer bezahlt, dennoch berechtigt, in seinen Handelsgeschäften mit einem anderen Kaufmanne Zinsen vom Tage der Fälligkeit seiner Forderung an zu fordern. Ebenso ist das Bestehen einer Handelsgesellschaft von der polizeilichen Befähigung ihrer Theilhaber oder der Erfüllung der Steuervorschriften zur Erlangung der Kaufmannschaft unabhängig [4]).

Wenn nun im Allgemeinen die so eben beispielsweise aufgeführten Anwendungen des Gesetzes keinem Bedenken unterliegen, sondern sich schon aus der Fassung der II. Lesung in Verbindung mit dem jetzigen Art. 276 hätten ableiten lassen, so besteht doch eine Reihe von, so zu sagen, äußeren, formellen Rechten, welche das Handelsgesetzbuch dem Kaufmanne beilegt, und von denen es allerdings zweifelhaft erscheinen konnte, ob diese von der Erfüllung der gewerbepolizeilichen Vorschriften abgetrennt werden sollten [5]). Insbesondere wurde hervorgehoben (Prot. S. 4630), daß es nicht angehe, einer Person die Eigenschaft eines Kaufmannes in allen Richtungen zuzusprechen, und so insbesondere seine Bücher für kaufmännische zu erklären, während die Gewerbegesetzgebung vielleicht aus den wohlmeinendsten Gründen gerade diese Anwendung ausgeschlossen wissen wollte. Allein die Mehrheit sprach sich durch Annahme der gegenwärtigen Fassung des Artikels für die unbedingte Geltung der civilrechtlichen Vorschriften gegenüber den administrativen Einschränkungen aus.

Demohngeachtet aber wird man nicht allen und jeden Einfluß der polizeilichen und Steuervorschriften auf die Anwendung des Handelsgesetzbuches ausschließen dürfen; vielmehr muß derselbe sich in jener Thätigkeit der Gerichte,

---

werbepolizei, so werden selbstverständlich auch die einschlägigen Bestimmungen der Reichsgewerbeordnung durch das HGB. nicht berührt. Vgl. v. Völderndorff in Endemanns Hdb. Bd. 1 S. 165 ff., insbes. von S. 167 an.

3) Das Gleiche gilt bezüglich der Vorschriften der Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, insoferne diese insbesondere für den Betrieb gewisser Gewerbe eine besondere Genehmigung verlangen (§§ 16, 29 ff. 2c.).

4) Das bayerische Einführungsgesetz ist noch einen Schritt weiter gegangen, indem es durch Art. 6 die Eigenschaft eines Kaufmannes im ganzen Gebiete des bürgerlichen und Prozeßrechtes lediglich nach dem Handelsgesetzbuche zu bestimmen vorschreibt. Vgl. Lutz, Kommentar zum Einf.-Ges. S. 42.

5) Wie Goldschmidt S. 483 N. 7 zeigt, war zwar schon im früheren Rechte die Gültigkeit der trotz des Handelsverbotes geschlossenen Geschäfte, sowie, daß sich an einen, wenn auch verbotwidrigen Geschäftsbetrieb dennoch alle kaufmännischen Verpflichtungen knüpfen müßten, ziemlich allgemein anerkannt; dagegen wurde hinsichtlich der kaufmännischen Rechte ziemlich allgemein das Gegentheil angenommen.

welche in die polizeiliche Sphäre eingreift, nothwendigerweise zur Geltung bringen. Es ist offenbar ein Mißstand, wenn die Staatsthätigkeit als Justizhoheit und die Staatsthätigkeit als Polizeigewalt ohne einander zu beachten oder gar gegen einander handeln. Dem Gehorsame gegen die Gesetze, welche aus Gründen der Gewerbepolizei oder der Gewerbesteuer den Beginn oder die Fortsetzung eines kaufmännischen Betriebes von gewissen Bedingungen abhängig machen, ist auch durch das Handelsgesetzbuch Niemand enthoben[6]), und ebendeshalb kann das Gericht etwaigen Ungehorsam nicht übersehen, noch weniger aber unterstützen. Dieses wäre aber offenbar der Fall, wenn die in Bezug auf Führung der Firma und deren Eintrag in das Handelsregister dem Gerichte aufgetragene Oberaufsicht von der polizeilichen und Steuergesetzgebung vollständig Umgang nehmen würde.

Es muß vielmehr dem registerführenden Richter einerseits wie der Gewerbepolizeibehörde andererseits daran liegen, daß nur solche Personen gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreiben, welche alle Erfordernisse dieses Gewerbes erfüllen, und daß, wer dieses Gewerbe betreibt, auch als Kaufmann im Handelsregister eingetragen wird. Das Civilgesetz kann allerdings, ohne die Rechte Dritter, denen ein Verschulden nicht zur Last liegt, in Gefahr zu bringen[7]), die Gültigkeit der Geschäfte von dem Eintrage des Kontrahenten im Register ebensowenig abhängig machen, wie von der Erfüllung der Polizei- oder Steuervorschriften. Allein die Gewerbepolizeibehörde kann jeden konzessionirten Kaufmann zum Eintrage der Firma anhalten; die Steuerbehörde sollte bei Erhebung der Steuer darauf sehen, ob die Steuerpflichtigen auch ihre Pflicht zur Registeranmeldung erfüllt haben, und andererseits sollte, wenn eine Firma für das Handelsregister angemeldet wird, der Registerrichter darauf achten, daß ihm die polizeiliche Erlaubniß zur Ausübung des Handelsgewerbes und eventuell auch die richtige Steuerdeklaration vorgelegt werde.

Das HGB. hat nämlich nirgends den Kaufmann für berechtigt erklärt, seine Firma im Handelsregister eintragen zu lassen; man kann also nicht sagen, wer gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt, kann ohne Rücksicht auf polizeiliche und finanzielle Vorschriften den Eintrag im Handelsregister verlangen. Die Anmeldung ist vielmehr als Pflicht erklärt und der Richter gehalten, die Erfüllung dieser Pflicht zu überwachen. Es ist deshalb zwar der Registerrichter veranlaßt, wenn eine Person gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt, ohne Rücksicht auf ihre polizeiliche Konzession, sie zur Anmeldung ihrer Firma anzuhalten; kann aber der Handeltreibende eine Firma wegen Nichterfüllung der gesetzlichen Vorschriften in Bezug auf Gewerbepolizei oder Versteuerung nicht führen, so kann er natürlich eine solche auch nicht anmelden; der Richter darf eine derartige Kontravention gegen die staatliche Ordnung nicht unterstützen, er muß den Eintrag versagen und wenn die Geschäfte dennoch fortbetrieben werden, den Zuwiderhandelnden in die im Handelsgesetzbuche vorgesehenen Strafen verfällen[8]). Die Fortsetzung des

---

6) Gad S. 19.

7) Vgl. die Motive zu Art. 2 des Reichshandelsgesetzbuches bei Goldschmidt § 44 Note 7.

8) Die bayer. Verordnung vom 15. Februar 1862 (Zeitschr. f. GG. u. RPfl. Bd. 9 S. 1) besagt: „es wird in Folge der Bestimmungen des Handelsgesetzbuches

polizeiwidrig begonnenen Handelsbetriebes zu untersagen, ist dagegen Sache der Polizeibehörde; das Handelsgericht straft nicht, weil die Person ohne Polizeierlaubniß Handel treibt, sondern weil sie ihre Firma nicht eintragen läßt oder weil sie die Hindernisse des Eintrages nicht beseitigt.

---

vorkommen, daß ein Gewerbsmann, dem vielleicht soeben von der Polizeibehörde der Betrieb eines kaufmännischen Gewerbes untersagt wurde, doch vor den Gerichten als Kaufmann gilt". Allein dieses bezieht sich, wie die Verordnung hinzusetzt, nur auf die Frage der rechtlichen Wirkungen seiner Geschäfte, nicht auf den Registereintrag. Eine sächsische Ministerialentschließung vom 5. Juni 1863 (vgl. hierüber und den sie veranlassenden Fall Busch, Archiv Bd. 1 S. 483) spricht die im Texte gegebene Ansicht gleichfalls aus, und wird diese auch von Goldschmidt Handbuch § 44 Note 7 getheilt. Vgl. auch Art. 527. A. M. Behrend § 32 N. 10; Voigtel in Busch Archiv Bd. 4 S. 228 ff.

Zweiter Titel.

Von dem Handelsregister.

Brinkmann § 16. Auerbach Absch. VIII. Thöl § 54. Endemann, Syst. § 21. Behrend § 39.

I.

Das allgemeine Interesse erfordert es, gewissen Rechtshandlungen der Handeltreibenden eine besondere Offenkundigkeit zu geben[1]), so daß sie Niemanden ohne eigenes Verschulden verborgen bleiben können[2]). Auf die Gemeinkundigkeit stützt sich die Möglichkeit eines gesicherten Verkehres und gründet sich der Kredit des Einzelnen wie der Gesellschaften. Als solche Rechtshandlungen von besonderem Gewichte, an deren Kundwerden jedem Kaufmanne gelegen ist und gelegen sein muß, stellen sich vor Allem dar: die Etablirung eines Geschäftes und dessen Auflösung, damit also zugleich die Annahme, die Aenderung und das Erlöschen der bestimmten Firma, der Zusammentritt zu einer Gesellschaft, der Austritt aus einer solchen, überhaupt jeder Wechsel in dem Bestande der Eigenthümer und Inhaber des Etablissements.

Derartige Vorgänge wurden von jeher den Geschäftsfreunden, unter Umständen dem größeren Publikum durch Cirkulare oder auch durch Zeitungsannoncen u. dgl. bekannt gemacht.

Es konnte aber bei dem allgemeinen Interesse, welches solche Thatsachen für den Verkehr besitzen, nicht fehlen, daß auch die staatlichen Behörden sich in Kenntniß derselben zu erhalten bestrebt waren[3]) und als die einfachste Form dieses Eingreifens der gerichtlichen oder polizeilichen Thätigkeit in das fragliche Gebiet erscheint die Anordnung, daß Beurkundungen der vorgenommenen Rechtsakte bei der Obrigkeit hinterlegt werden[4]). Selbstverständlich gewähren aber derartige

---

1) Vgl. die Ausführungen von Busch in dessen Archiv Bd. 1 S. 161.

2) Motive zum Pr. E. S. 9.

3) Das Preußische LR. Th. II Tit. 8 § 505, 619 schrieb vor, daß in Orten, an welchen keine Kaufmannsinnungen oder keine ordentlich eingerichteten Börsen befindlich seien, die Anzeige bei Gericht zu erfolgen habe.

4) Vgl. Code de commerce Art. 2, 42, 66, 70, welchem die neueren Gesetzbücher — Spanisches und Holländisches — und der Württembergische Entwurf eines HGB. nachgebildet sind.

Urkunden, soferne sie nur in einer chronologischen Ordnung gehalten werden, keine genügende Uebersicht und es bildete sich daher an verschiedenen Orten der Gebrauch, systematische Verzeichnisse in dieser Beziehung zu führen, sogenannte Matrikeln[5]), Firmenprotokolle, Handelsregister.

Dieselbe Einrichtung hat denn auch das HGB. angenommen[6]) und zum Gegenstande ausführlicher rechtspolizeilicher Regulirung gemacht; denn (wie die Motive zum Pr. E. S. 10 sagen) „es verdient diese Maßregel vor allen anderen den Vorzug; es wird in einem solchen Handelsregister in zweckmäßiger Weise ein Organ geschaffen, welches auf ähnliche Weise wie das Hypothekenbuch über den Rechtszustand der Grundstücke, über die Verhältnisse des Handelsstandes eines Bezirkes, soweit sie von allgemeinem Interesse sind, genauen Aufschluß gibt; da es Allen zugänglich ist und sein Inhalt überdies in gewissen zum Voraus bestimmten Blättern veröffentlicht wird, so ist auch ohne Härte anzunehmen, daß Jeder bei einiger[7]) Aufmerksamkeit von dem Inhalte des Handelsregisters habe Kenntniß erhalten können."

Allerdings läßt sich nicht verkennen, daß die eigentliche Sicherheit für die kreditgebenden Geschäftsfreunde erst dann durch die gesetzliche Einrichtung der Handelsregister geschaffen wäre, wenn nicht blos, wie jetzt angeordnet ist, die persönlichen Verhältnisse des Kaufmannes und der Gesellschaft, sondern auch die Vermögensverhältnisse aus dem Register zu ersehen wären, wenn also die Handelsregister für den Personalkredit dieselbe Bedeutung haben würden, welche die Hypothekenbücher für den Realkredit besitzen. Daß eine derartige Einrichtung nicht unmöglich wäre, zeigen die verschiedenen in dieser Beziehung gemachten legislativen Versuche[8]), allein ob dieselbe einen wirklichen praktischen Nutzen haben würde, ist zweifelhaft. Bei der Berathung des Handelsgesetzbuches machte sich die Ansicht auf das Entschiedenste geltend[9]), daß eine Verbindlichkeit, Erklärungen über den Handlungsfonds in die Register eintragen zu lassen, nicht aufzustellen sei, weil solche Erklärungen doch kaum der Wahrheit gemäß erfolgen, somit entweder überhaupt werthlos sein oder doch häufig irre führen würden, aber auch wahre Angaben kaum auf wenige Monate Werth behielten und endlich durch eine Erklärungspflicht der respektable Mann, der sein Geschäft mit wenigen Mitteln beginne, behindert würde.

Die Führung des Handelsregisters ist gemischter Natur; es können dabei

---

5) Solche bestanden früher in Bayern nach § 4 der Wechselordnung von 1785 und dem Generale vom 14. Juli 1801, ferner in Hamburg, Bremen, Frankfurt. Nach einer Bemerkung des Präsidenten v. Raule (Prot. S. 21) sind Handelsregister in Wien seit mehr als hundert Jahren eingeführt.

6) Im Seerechte hat das Gesetzbuch ein Schiffsregister eingeführt. Art. 432 ff.

7) In den Motiven steht „eigener", was jedoch keinen richtigen Sinn gibt und ein Druckfehler sein dürfte.

8) Eine der bedeutendsten Erscheinungen in diesem Gebiete ist in dem fürstlich Kemptischen Provinzialrechte enthalten. Durch die Verordnungen vom 14. und 15. April 1738 (erneuert durch Verordn. vom 6. April 1768) wurde neben der Landtafel ein sogenanntes Todtenbuch eingeführt, in welches alle persönlichen Forderungen eingeschrieben und ihnen dadurch der Vorzug im Konkurse gesichert werden konnte. (Siehe die zu Stiftkempten 1793 gedruckte Sammlung aller das kemptische bürgerliche Privatrecht betreffenden Verordnungen.)

9) Protokolle S. 21.

rechtliche, administrative und gewerbspolizeiliche Gesichtspunkte maßgebend sein. Mit Ausnahme des Spanischen Handelsgesetzbuches haben aber alle neueren Handelsgesetzbücher die Führung der Register nicht den Verwaltungsbehörden, sondern den Handelsgerichten übertragen und dieses System hat auch das HGB. adoptirt[10]).

II.

Die Frage, was in das Handelsregister einzutragen sei, ist anscheinend durch das Gesetz vollständig entschieden, allein nur allzuhäufig ergeben sich in der Praxis hierüber sehr große Schwierigkeiten. Es ist demnach unumgänglich, ein Prinzip aufzusuchen, durch welches die einzelnen Entscheidungen mit Sicherheit gegeben werden können. Das Gesetzbuch selbst stellt ein solches nicht auf; dasselbe verordnet in Art. 12 lediglich, es seien in das Handelsregister die vorgeschriebenen Eintragungen aufzunehmen. Prüft man aber die einzelnen vorgeschriebenen Eintragungen ihrem Inhalte und ihren Wirkungen nach, so ergibt sich, daß durch das Handelsregister nicht Rechtsverhältnisse, sondern nur Thatsachen, Rechtshandlungen, Rechtsakte[11]), veröffentlicht werden sollen[12]). Hierin unterscheidet sich

---

10) Die Entstehungsgeschichte der einzelnen Vorschriften ist bei Hahn, Vorbemerkung zum II. Titel, umfassend dargestellt, weshalb hierauf verwiesen werden kann.

11) Thöl Bd. 1 S. 182: „Die zur Eintragung bestimmten Thatsachen sind theils verpflichtende, theils befreiende Thatsachen; sie sind größtentheils in ihrem tieferen Grunde Willenserklärungen." Endemann § 21: „Das Handelsregister dient zur Aufnahme der über gewisse Thatsachen und Rechtsverhältnisse abgegebenen Erklärungen". Genau genommen nämlich werden im Handelsregister auch die Thatsachen nicht unmittelbar beurkundet; vielmehr sind es lediglich die Erklärungen (Anmeldungen), deren Beurkundung erfolgt; die Thatsachen selbst nur insoferne, als sie durch die Erklärung erzeugt werden, d. h. insoweit Dritten gegenüber die Erklärung die Wirkung hat, als ob die Thatsache, welche Gegenstand der Erklärung ist, selbst feststehe; vgl. v. Hahn, Vorbemerkung zum II. Titel, Note 12. Vgl. ferner RG. Bd. 1 S. 243: „Das Handelsregister ist als öffentliche Urkunde insoferne beweisend, als der Registerrichter durch die Eintragung konstatirt, daß durch die Anmeldenden in der gesetzlich vorgeschriebenen Form gewisse Erklärungen abgegeben seien, welche jene Personen abzugeben hatten. Dagegen werden die Thatsachen, auf welche jene Erklärungen sich beziehen, durch das HR. an sich nicht bewiesen, wenngleich in manchen Fällen die Erklärung die betr. Thatsache involvirt oder der Erklärende die letztere Dritten gegenüber als wahr gegen sich gelten zu lassen hat." Dasselbe wurde ausgesprochen vom RG. in Straff., Entsch. Bd. 18 S. 179 und zwar in Bezug auf § 271 StGB. (Das Handelsregister beweist nur die Erklärung, daß Jemand unter einer gewissen Firma ein Handelsgeschäft betreibe, nicht die Thatsache des Betriebs selbst; fehlt es an dieser Thatsache, so ist gleichwohl von dem Anmeldenden nicht eine falsche Beurkundung bewirkt.)

12) Ausnahmsweise wird allerdings durch die Eintragung in's Handelsregister ein Rechtsverhältniß erst begründet; so in den Fällen der Art. 178 und 211 (Entstehung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, bezw. einer Aktiengesellschaft); ferner Art. 180f. und 214 (Generalversammlungsbeschlüsse, welche die Fortsetzung solcher Gesellschaften oder eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages zum Gegenstande haben); Art. 180h und 215a (Erhöhung des Grundkapitals), Art. 203 und 248 (theilweise Zurückzahlung oder Herabsetzung des Grundkapitals). Vgl. auch § 13 des Genossenschaftsgesetzes vom 1. Mai 1889. Dagegen ist die Bestimmung des Art. 163 Abs. 3 (wie nunmehr auch v. Hahn, Vorbemerkung Note 13 einräumt) nicht als eine Ausnahme von der allgemeinen Regel anzusehen, so daß der Eintrag

das Handelsregister wesentlich von anderen derartigen Registern[13]), z. B. den Civilstandsregistern, den Hypothekenbüchern, Fideikommißmatrikeln u. dgl.

Das dingliche Recht der Hypothek entsteht erst mit und durch den Eintrag; in dem Hypothekenbuche wird nicht blos veröffentlicht, daß A dem B für das und das Kapital eine Hypothek auf dem und dem Grundstücke bestellt hat, sondern daß auf dem Grundstücke eine Hypothek besteht; hier ist also durch den Eintrag nicht die Thatsache der Hypothekbestellung, sondern das dingliche Recht als solches veröffentlicht.

Desgleichen wird in der Fideikommißmatrikel nicht kundgegeben, daß über die betreffenden Güter diese oder jene Verfügung getroffen wurde, sondern daß dieselben Fideikommiß sind.

Im Handelsregister dagegen wird lediglich eingetragen, daß A unter der Firma X ein kaufmännisches Geschäft betreibt[14]); ob er rechtlicher Inhaber der Firma ist, darüber soll das Register keine Kunde geben; im Register wird eingetragen, daß A dem B Prokura ertheilt habe, nicht daß B Prokurist des A ist; es wird eingetragen, daß A und B zu einer offenen Handelsgesellschaft zusammengetreten sind oder solche aufgelöst haben, nicht aber hat der Eintrag zu entscheiden, ob eine Handelsgesellschaft zwischen A und B wirklich bestehe; sie kann bestehen und nicht eingetragen sein, sie kann eingetragen sein und nicht bestehen; es kann eingetragen sein, daß A mit dem B zu einer Kommanditgesellschaft sich vereinigt habe und doch kann für dieselben das rechtliche Verhältniß einer offenen Gesellschaft bestehen[15]).

Es genügt also der Umstand, daß Jemand im Handelsregister eingetragen ist, für sich allein noch nicht, um in rechtlicher Hinsicht denselben zum Kaufmanne zu machen[16]); eine Gesellschaft wird dadurch allein, daß sie im Gesellschaftsregister eingetragen wurde, noch nicht zur Handelsgesellschaft. Weil nun aber darin, daß sich eine Person oder eine Vereinigung von Personen im Handelsregister eintragen läßt, nothwendig von ihrer Seite die Erklärung liegt, daß von ihnen Handelsgeschäfte gewerbemäßig betrieben werden, so können sie dagegen, daß sie in Gemäßheit dieser ihrer Erklärung auch vor Gericht behandelt werden, Dritten gegenüber, welche im Vertrauen auf den Inhalt des Registers handeln, eine Einwendung

---

nicht die Vorbedingung für die Entstehung des Rechtsverhältnisses selbst ist. Die dort ausgesprochene Folge läßt sich vielmehr sehr wohl als Wirkung des Prinzipes der Oeffentlichkeit auffassen; denn wenn der Dritte sich nicht auf den Eintrag verlassen hat, sondern den wahren Sachverhalt wußte, so haftet ihm ja der Kommanditist trotz des unterlassenen Eintrages nicht unbeschränkt, während solches, wenn das Kommanditverhältniß durch den Eintrag bedingt wäre, überhaupt nicht der Fall sein könnte.

13) In der früheren Bayerischen Wechselmatrikel war ein gemischtes Verhältniß; die berechtigten Handelsleute und Fabrikanten waren nur wegen ihrer Firma einzutragen, dagegen erlangten die bloßen Gewerbsleute und andere Personen erst durch den Eintrag die Wechselfähigkeit; für jene konstatirte also die Matrikel nur ein thatsächliches Verhältniß, für diese aber enthielt die Einschreibung in die Matrikel rechtserzeugende Kraft.

14) So lautet wohl der Eintrag; über die beurkundende Kraft desselben siehe Note 11.

15) Dies ist z. B. sofort der Fall, wenn mit einer den Namen des Kommanditisten enthaltenden Firma im Geschäftsverkehre gezeichnet wird.

16) Vgl. Prot. S. 530 und 1258 und Busch Archiv Bd. 6 S. 11.

nicht erheben[17]). Das Handelsregister soll also seiner Bestimmung nach den faktischen Zustand des Geschäftslebens darstellen, es soll die thatsächlichen Vorgänge (allerdings soweit sie eine rechtliche Bedeutung für den kaufmännischen Verkehr haben) zur öffentlichen Kenntniß bringen[18]).

Hienach erledigt sich mit Leichtigkeit die Frage was in streitigen Fällen eingetragen werden müsse[19]). Weil eben die Handelsregister nicht dazu vorhanden sind, um über die Rechtsverhältnisse Aufschluß zu ertheilen, sondern nur über Thatsachen, so ist im Zweifel von Seite des das Handelsregister führenden Richters nicht eine Austragung oder Entscheidung dessen zu suchen, was im gegebenen Falle Rechtens sei, sondern er hat lediglich zu untersuchen: was ist die in Wirklichkeit vorhandene Thatsache?[20]) und diese muß ihm zur Grundlage des Eintrages dienen.

Damit ist selbstverständlich nicht gesagt, daß der Richter lediglich an die Erklärungen der Partei sich halten dürfe; er muß vielmehr die rechtliche Bedeutung der ihm angegebenen Thatsachen prüfen und nur hienach den Eintrag bewerkstelligen. Wenn A erklärt, die Firma des B sei auf ihn übergegangen, so hat der Eintrag nur dann stattzufinden, wenn die vorgetragenen Thatsachen wirklich einen rechtlich wirksamen Uebergang in sich schließen; wenn A und B eine Kommanditgesellschaft eingetragen haben wollen, so genügt nicht ihre Erklärung, daß sie eine Kommanditgesellschaft geschlossen haben, sondern sie müssen die Thatsachen vorlegen, aus denen das rechtliche Material einer Kommanditgesellschaft besteht.

Setzen wir den Fall, es erscheint der Kaufmann A mit der Erklärung, daß er in Gemeinschaft mit dem Privatier B eine offene Gesellschaft zur Fabrikation und zum Verkaufe von Eisengußwaaren eingegangen habe und daß sie ihr Geschäft unter der Firma A und B betreiben wollen. Hierauf erscheint aber B und erklärt zu Protokoll, der Vertrag zwischen ihm und A sei kein solcher, welcher eine offene Gesellschaft zur rechtlichen Folge habe, es liege darin nur die Errichtung einer Kommanditgesellschaft, A sei allein der persönlich haftende Gesellschafter und die Firma dürfe daher lediglich seinen, des A Namen, enthalten. Hier unterliegt es vor Allem keinem Zweifel, daß es Sache des registerführenden Richters und allenfalls des Gerichtes (vgl. Art. 9 des bayr. Ausführungsgesetzes) ist, zu prüfen und zu entscheiden, wie der Eintrag zu lauten habe; diese Untersuchung und Entscheidung hat sich nothwendigerweise auch darauf zu erstrecken, unter welche rechtlichen Bestimmungen des Gesetzes die angegebenen und wirklich vorhandenen thatsächlichen Verhältnisse zu subsumiren sind. Damit ist aber auch die Grenze der richter-

---

17) Vgl. auch Prot. S. 64 und 65.

18) Immer natürlich mit der in Note 11 erwähnten Maßgabe.

19) In den in Busch Archiv Bd. 1 S. 417 erörterten Fällen war der Sitz der Gesellschaft durch Statut bestimmt, dennoch konnte nicht dieser, sondern der thatsächlich bestehende Sitz eingetragen werden.

20) D. h. die nach der Erklärung des Anmeldenden vorhandene Thatsache; der Registerrichter hat auch nicht zu prüfen, ob die erklärte Thatsache richtig ist, ob z. B. der Anmeldende das Geschäft unter der bezeichneten Firma wirklich betreibe (RG. in Straff. Bd. 18 S. 179; vgl. Note 11); er hat aber den Eintrag nach dem wahren Sinne der Erklärung zu machen — s. darüber im Texte das Folgende.

lichen Thätigkeit im Gebiete der Registerführung gegeben. Die rechtliche Entscheidung über Verhältnisse, welche unter verschiedenen im entgegengesetzten Interesse betheiligten Personen bestritten sind, liegt außerhalb des Gebietes jenes disziplinären Verfahrens.

Es ist daher unzulässig, etwa nach gepflogener Recherche oder Einsicht der Verträge von Amtswegen Seitens des mit der Registerführung betrauten Gerichtes einen Beschluß über die rechtliche Eigenschaft der einen oder anderen der anmeldenden Personen zu fassen und z. B. den A unter Ordnungsstrafe zur Anmeldung des B als Kommanditisten oder den B unter Strafandrohung zu seiner Anmeldung als offener Gesellschafter anzuhalten[21]). Dergleichen streitige Privatrechtsverhältnisse können nicht einseitig der einen Partei gegenüber, sondern nur nach vorgängigem gegenseitigem Gehöre im Wege eines ordnungsgemäßen prozessualen Verfahrens endgültig entschieden werden; deshalb würde zur Erlassung eines Beschlusses hierüber in dem disziplinären Verfahren gegen die eine der im entgegengesetzten Interesse betheiligten Parteien jede gesetzliche Berechtigung mangeln und der etwa erlassene Beschluß ungeeignet und unfähig sein, die Grundlage eines Eintrages zu bilden, durch welche das zwischen sämmtlichen Parteien bestehende Verhältniß in Bezug auf ihren Handelsbetrieb beurkundet werden soll.

Es bleibt in solchen Fällen nur übrig, die Parteien auf den Rechtsweg zu verweisen und die Austragung der Streitpunkte auf dem Rechtswege auch durch Androhung von Ordnungsstrafen zu überwachen und zu erzwingen. Einen anderen Ausweg kennt das Handelsrecht nicht. Namentlich sind dem Handelsgesetzbuche die in das Handelsregister etwa einzutragenden Protestationen und Reservationen unbekannt, welche sich im Hypothekenrechte bei den Hypothekenbüchern finden. Das Handelsregister nach dem Handelsgesetzbuch hat keinen Raum für Eintragungen unter der Rubrik „streitige Rechtsverhältnisse" [22]). Kein Eintrag kann unter Vorbehalt des Rechtsweges erfolgen, sondern der Richter, welcher die Parteien hinsichtlich der streitigen Punkte auf den Rechtsweg verweist[23]), darf den Eintrag auch nicht provisorisch als einen streitigen bewirken.

Es lassen sich auch Fälle denken, in welchen durch Differenzen der Parteien der Eintrag überhaupt verhindert wird, weil eben in Folge dessen die einzutragende Thatsache mangelt. Z. B. A und B betreiben unbestritten mit einander die Fabri-

---

21) Man hat sich hiefür darauf berufen (vgl. Busch Archiv Bd. 1 S. 489), daß der Handelsrichter, wenn er zu prüfen habe, ob eine gesetzliche Veranlassung zu einer amtlichen Einschreitung wegen Außerachtlassung der im Gesetze vorgeschriebenen Einträge vorliege, nothwendigerweise auch die Befugniß besitzen müsse, die Qualifikation festzustellen, durch welche die Verpflichtung einer Person zur Anmeldung eines Eintrages in das Handelsregister bezw. zur Unterlassung eines den Einträgen und der gesetzlichen Vorschrift widersprechenden Verhaltens bedingt ist. Ein Eingriff in die Privatrechte finde hiedurch nicht statt, weil ein so erlassener Beschluß nur gegen denjenigen wirke, dessen rechtliche Qualifikation festgestellt werde und nur insoweit die Eintragspflicht in Frage komme.

22) Es kann also beispielsweise nicht eingetragen werden, es sei unter den Parteien streitig, was eigentlich für eine Gesellschaft unter ihnen bestehe, oder es sei streitig, ob die Gesellschaft eine Aktiengesellschaft sei, ob der Kaufvertrag, den A mit B über des Letzteren Geschäft sammt Firma geschlossen, gültig sei.

23) Vgl. jedoch gegen einen Zwang zur Klage die Zeitschrift des bayerischen Anwaltsvereins Bd. 3 S. 158.

kation und den Verkauf von Farbwaaren in offener Gesellschaft; zur Anmeldung der Firmen aufgefordert gibt A an: A et Cpie., B dagegen: B et Cpie.[24]). Hier fehlt es an der Thatsache des Art. 85, daß die Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben; da aber andererseits thatsächlich eine offene Gesellschaft besteht, nach Art. 86 dieselbe eine Firma haben muß, und nach Art. 88 die Gesellschafter gemeinsam die Anmeldung vorzunehmen verpflichtet sind, so können in einem solchen Falle auch A und B mit Ordnungsstrafen gezwungen werden, sich (soferne sie die Gesellschaft nicht auflösen wollen) über eine gemeinschaftliche Firma zu einigen.

Aus dem oben erörterten Grundprinzipe ergeben sich nun auch als Folgesätze die rechtlichen Wirkungen der Einträge. Setzen wir den Fall: der minderjährige A eröffnet ein Geschäft und dessen Firma X wird, weil irrthümlich Volljährigkeit angenommen wird, in das Handelsregister eingetragen. Würden im Handelsregister Rechtsverhältnisse veröffentlicht, so müßte der Eintrag die Bedeutung haben: A ist Kaufmann und rechtlicher Inhaber der Firma X; folglich wären seine Geschäfte als gültig und rechtsverbindlich anzusehen und es hätte der Eintrag Dritten gegenüber die Wirkung, daß auf den Mangel des Alters keine Rücksicht mehr genommen werden könnte. Allein durch den Eintrag in dem Register ist lediglich die Thatsache als veröffentlicht anzusehen: „A betreibt unter der Firma X gewerbemäßig Handelsgeschäfte" [25]). Dieses faktische Verhältniß kann, wie oben erörtert, jeder Dritte für sich als bestehend in Anspruch nehmen, welche Wirkungen es aber in rechtlicher Hinsicht hat, welche Rechte und Pflichten aus den mit der Firma X geschlossenen Geschäften für A und den mit ihm Kontrahirenden entstehen, dafür ist der Registereintrag an und für sich nicht maßgebend; maßgebend ist lediglich die durch den Eintrag und dessen Veröffentlichung bewirkte Oeffentlichkeit der Thatsachen.

Art. 12 Abs. 1 spricht nämlich als obersten Grundsatz aus:

Das Handelsregister ist öffentlich.

Dieser Satz bedeutet nicht blos, daß Jedermann berechtigt ist, sich Kenntniß vom Inhalte des Registers zu verschaffen, daß dieser Inhalt allgemein zugänglich gemacht werden soll, sondern insbesondere, daß, weil die Kenntniß des Registerinhaltes Jedermann möglich ist, sie auch von Jedermann erwartet und sogar verlangt wird.

In dieser Hinsicht hat das Gesetzbuch gegenüber dem Systeme des Preußischen Entwurfes eine erhebliche Aenderung erfahren. Der Preußische Entwurf[26]) hatte als

---

24) Ist wirklich vorgekommen.

25) Selbstverständlich soll ein solcher Eintrag nicht stattfinden, wenn A nicht die Berechtigung hat, als Kaufmann aufzutreten; es muß hiebei ein Uebersehen des registerführenden Gerichtes als unterlaufen angenommen werden.

26) Art. 11 lautete:

Eine Eintragung in das Handelsregister hat dritten Personen gegenüber erst dann eine rechtliche Wirkung, wenn die Bekanntmachung der Eintragung in den von dem Handelsgerichte bestimmten öffentlichen Blättern erfolgt ist und seitdem drei Tage verflossen sind. Diese Frist wird von dem Datum des Blattes an gerechnet, in welchem diese Bekanntmachung zuerst erscheint.

Nach Ablauf dieser Frist kann Niemand die Unkenntniß der Eintragung für sich geltend machen. Der Beweis einer früheren Kenntniß des Inhaltes der Eintragung wird hiedurch nicht ausgeschlossen.

Prinzip aufgestellt, daß drei Tage nach erfolgter Veröffentlichung Jedermann von Rechtswegen als in Kenntniß gesetzt angesehen werden müsse, daß er von da an, wenn er den Inhalt des Registers nicht gekannt habe, sich in bösem Glauben befinde[27]).

Diese Bestimmung wurde bei den Berathungen besonders aus dem Grunde angegriffen[28]), daß der Artikel eine Fiktion aufstelle, welche ganz unermeßliche und höchst unbillige Folgen habe. Denn obschon es gar keine Art der gerichtlichen Publikation gebe, welche nur einige Sicherheit dafür biete, daß von derselben wirklich jeder Dritte je einmal Kenntniß erhalte oder auch nur erhalten könne, verordne der fragliche Artikel dennoch, daß nach Ablauf von drei Tagen jeder Dritte ohne Zulassung eines Gegenbeweises so angesehen werden solle, als habe er wirklich die Bekanntmachung erfahren; dies führe schon bei Personen, die am Orte der Bekanntmachung lebten, zu großen Härten. Wenn Jemand mit einem Anderen jahrelangen Geschäftsverkehr gehabt und mit ihm im Vertrauen auf den Fortbestand der früheren Verhältnisse ein neues Geschäft eingehe, nachdem er vielleicht gerade in den letzten drei Tagen im Geschäftsdrange oder wegen einer kurzen Abwesenheit versäumt hatte, die betreffenden Blätter zu lesen, solle er doch Gefahr laufen, das neue Geschäft als wirkungslos bezeichnet zu sehen und möglicherweise sein ganzes Vermögen zu verlieren. Wolle man aber größere Fristen gewähren, so müsse bedacht werden, daß selbst Wochen und Monate bei dem Handel auf große Entfernungen nicht zureichen, daß aber, je größer die Fristen, um so weniger die Absicht des Gesetzgebers erreicht sein würde. Wenn dem gegenüber auch nicht verkannt werden könne, daß eine Unsicherheit über die Wirkungen der erfolgten Eintragung für den Kaufmann unbequem sei, so verdiene das gesammte Publikum, das jedenfalls keine Schuld trage, eine größere Berücksichtigung seiner Interessen, als der einzelne Kaufmann, der eine Prokura ertheilt, oder einen anderen gefahrbringenden Eintrag in das Handelsregister erwirkt habe. Auch sei weder das Römische Recht, noch irgend eine andere Gesetzgebung, noch die Praxis der Handelsgerichte dazu gekommen, eine so einschneidende Fiktion aufzustellen.

Es wurde deshalb in dem Entwurfe I. Lesung[29]) Alles auf die Umstände gestellt und damit die Hauptwirkung der Oeffentlichkeit des Registers völlig aufgehoben. Hiegegen erhob sich in der zweiten Lesung ernstliche Opposition; man wandte ein[30]), daß dieser Satz bei vielen Einträgen gegenstandslos sei, z. B. in vielen Fällen, in denen der Eintragende blos Anzeige erstatte, daß er Etwas gethan habe; bei anderen sei er geradezu ungerechtfertigt. Denn regelmäßig und

---

27) Hiebei muß man davon ausgehen, daß, wer sich über den Inhalt des Registers nicht unterrichtet, eine grobe Nachlässigkeit begeht und diese kulpose Unwissenheit der absichtlichen Ignorirung gleichstehe. Vgl. Motive zum Pr. E. S. 10.

28) Protokolle S. 23 ff.

29) Art. 11 des I. E. lautete:

Eine Eintragung in das Handelsregister, welche in den von dem Handelsgerichte bestimmten öffentlichen Blättern bekannt gemacht ist, hat gegen einen Dritten rechtliche Wirkung, wenn nach den Umständen anzunehmen ist, daß sie ihm ohne eigenes Verschulden nicht unbekannt bleiben konnte.

Der Beweis einer anderweitigen Kenntniß des Inhaltes der Eintragung wird hiedurch nicht ausgeschlossen.

30) Prot. S. 899 ff.

naturgemäß habe der, welcher mit einem Anderen kontrahire, die Pflicht, sich nach dessen Rechtsverhältnissen zu erkundigen und abgesehen vom dolus des Anderen die Folgen zu tragen, wenn seine Erkundigungen nicht ausreichend gewesen; ein Satz, wie der des Art. 11 habe deshalb nur ausnahmsweise da eine gute Begründung, wo sich Jemand mit einem Anderen in ein gewisses Verhältniß gesetzt habe, wo der Eine in dem guten Glauben sei und mit Grund erwarten könne, daß der Andere es ihm sagen werde, wenn an diesem Verhältnisse eine Aenderung vorgehen sollte, und daß das Verhältniß fortbestehe, so lange Nichts gesagt worden.

Es wurde deshalb der Art. 11 gestrichen und nur einzelne Bestimmungen an den betreffenden Stellen des Gesetzbuches angefügt.

Solche finden sich in den Art. 25 Abs. 2 und 3, 87, 129, 135, 155 und 171; dann Art. 46, 115 (135) und 233, endlich Art. 163, 178, 211.

In Folge davon, daß das Gesetzbuch ein allgemeines Prinzip nicht mehr aufstellt, hat auch die Theorie bisher ein solches nicht angenommen[31]); es lassen sich jedoch die sämmtlichen konkreten Vorschriften der verschiedenen Artikel allerdings immer noch als Folgesätze eines obersten rechtlichen Grundsatzes und zwar als Wirkungen der Publizität auffassen.

Die Bedeutung des Satzes: „das Handelsregister ist öffentlich", die Folge der Publizität, ist nämlich folgende:

Jede im Vertrauen auf den veröffentlichten[32]) Inhalt des Handelsregisters vorgenommene Handlung, so weit sie mit den hieher bezüglichen Rechtsverhältnissen in Verbindung steht, bringt in Ansehung desjenigen, welcher nach den im Register befindlichen Einträgen und in gutem Glauben gehandelt hat, alle jene rechtlichen Wirkungen hervor, welche der vorgenommenen Handlung nach jenen Einträgen entsprechen. Und Niemand kann die Unkenntniß dessen, was im Handelsregister eingetragen ist, zu seinem Vortheile anführen, außer er wäre nicht in bösem Glauben. Der durch die Oeffentlichkeit des Registers vermittelte und bedingte gute oder böse Glaube erscheint demnach als die Wirkung, welche für den Rechtsverkehr aus den Einträgen und deren Bekanntmachung hervorgeht, und wodurch sich die einzelnen Gesetzesbestimmungen erklären.

Um nun die einzelnen Anwendungen dieses Grundsatzes richtig zu finden, ist es erforderlich, nach einer doppelten Beziehung zu unterscheiden. Es sind vor Allem zu trennen die rechtserzeugenden Thatsachen, welche positive Mo-

---

31) Endemann nimmt drei verschiedene Bedeutungen des Eintrages an; er findet in einigen Fällen darin die Vorbedingung für Entstehung eines Rechtsverhältnisses; in anderen eine Rechtsvermuthung für die Wissenschaft Dritter; im Uebrigen eine gewöhnliche Vermuthung, daß die betreffenden Dinge zur Kenntniß des Publikums gelangt oder nicht gelangt seien.

32) Eintrag allein genügt nicht, Veröffentlichung allein auch nicht; beides muß vereinigt vorliegen. Man ging von der Erwägung aus (Prot. S. 928), „daß das Publikum in Gefahr komme, falls man an den bloßen Eintrag schon gewisse Wirkungen knüpfe und daß der Eintragende die Veröffentlichung betreiben könne, um jeden Schaden von sich abzuwenden" (Vgl. Puchelt Anm. 3 zu Art. 25). Doch ist dieser Satz nicht ganz allgemein richtig, sondern es handelt sich eben nur darum, in wie weit der gute oder böse Glaube durch die Veröffentlichung bedingt ist; im zweiten Beispiele des Falles Nr. 1 z. B. (S. 89) kommt es auf die Veröffentlichung nicht an.

mente heißen sollen, von den rechtsändernden oder rechtsaufhebenden Thatsachen, welche unter der Bezeichnung der negativen Momente begriffen werden sollen[33]). Sodann sind auseinanderzuhalten die Fälle der Existenz einer Thatsache, welche nicht eingetragen ist, von dem Falle des Eingetragenseins einer Thatsache, welche nicht existirt, und zwar müssen diese zwei Fälle wiederum kombinirt werden mit den positiven und mit den negativen Momenten.

Hienach ergeben sich folgende vier Fälle:

1. Fall.

Es existirt eine rechtserzeugende Thatsache welche in das Register eingetragen werden sollte, sie ist aber in demselben nicht eingetragen.

Nach der oben erörterten rein thatsächlichen Natur des Handelsregisters hat die Unterlassung des Eintrages auf die rechtliche Existenz derartiger Thatsachen, auf deren Bestand an und für sich keinen Einfluß. Gesetzt, A und B stehen wirklich in offener Handelsgesellschaft, so kann demjenigen, welcher den B als solidarisch verpflichtet in Anspruch nehmen will, nicht etwa der mangelnde Eintrag entgegengehalten werden; denn hier würde die Berufung auf das Register nicht dem Dritten[34]), sondern dem Betheiligten nützen, und da sich dieser nicht in gutem Glauben befindet, so hat diese Berufung keine Wirkung. Dagegen gesetzt, A und B sind Handelsgesellschafter, und dem B sind die Rechte eines Kommanditisten eingeräumt; diese Thatsache ist aber im Handelsregister nicht eingetragen. Hier wird der Dritte, welcher in gutem Glauben ist, und sich darauf verläßt, daß die oben erwähnte für B rechtserzeugende Thatsache im Register nicht eingetragen ist, durch die Oeffentlichkeit des Registers geschützt sein; seine Berechtigung dem B gegenüber ist eine unbeschränkte[35]).

Praktisch werden außer dem soeben erörterten Falle Anwendungen schwer vorkommen; denn soferne es sich nicht um Aenderung eines Zustandes handelt, ist

---

33) Etablirung eines Geschäftes — Aenderung des Inhabers, Aufgeben der Firma; Aufstellung eines Prokuristen — Zurücknahme der Prokura u. s. w.

34) Wenn im Gesetze von einem „Dritten“ die Rede ist (vgl. z. B. Art. 25 Abs. 2 u. 3), so bildet dieser Ausdruck den Gegensatz zu dem Prinzipal und dessen Vertretern oder zu den Vertragsparteien. **ROHG**. Bd. 6 S. 141.

35) Eine solche rechtserzeugende Thatsache ist im Sinne der von Thöl (S. 182) gemachten Unterscheidung eine befreiende Thatsache, welche stets nur dem entgegengehalten werden kann, der sie kennt oder, weil sie eingetragen ist, kennen muß. (Ueber die Beweislast s. unten.) Deshalb macht es hier keinen Unterschied, ob der Eintrag der Parteierklärung entspricht oder ob im Widerspruche mit dieser Erklärung der Registerrichter etwa irrthümlich die rechtserzeugende Thatsache nicht eingetragen hat; denn es handelt sich nicht um Ordnungsvorschriften, auf deren Nichtbefolgung die Annahme der Existenz des regelmäßigen, gewöhnlich vorauszusetzenden Zustandes der unbeschränkten Haftung eines Gesellschafters als Strafe gesetzt ist, sondern um ein Recht des Dritten im Handelsverkehr, darüber Mittheilung zu erhalten, daß der konkrete Rechtszustand von dem regelmäßigen, präsumtiven Zustande abweiche; **ROHG**. Bd. 23 S. 281. (Dort ist auch bemerkt, daß es Sache desjenigen sei, der aus der Eintragung ein Recht ableiten wolle — in unserem Beispiele also des Kommanditisten B — darüber, ob der Eintrag erfolgt sei, besonders zu wachen oder auch dafür zu sorgen, daß die Kommanditgesellschaft ihre Geschäfte nicht vor erlangter Kenntniß von der Eintragung beginne; vgl. Art. 163 Abs. III und die Bemerkungen Ziff. IX dortselbst.)

das Resultat, welches aus dem Nichteingetragensein einer Thatsache im Register sich ergibt, regelmäßig ein negatives [36]), und daher ein die Rechte nur in geringem Umfange bestimmendes. Doch wird man sich der Beachtung des Prinzipes nicht entschlagen können, wenn eben die Nichtexistenz einer Thatsache Bedeutung für die Gestaltung des Rechtsgeschäftes hat.

2. Fall.

Eine gewisse Thatsache, welche geeignet ist, Rechte zu begründen, existirt nicht, aber im Register ist sie als bestehend eingetragen.

Der Eintrag schafft kein Recht, er bezeugt blos bestehende Thatsachen [37]). Wenn also A im Handelsregister als Inhaber der Firma „Müller's Nachfolger" eingetragen ist, die Firma ist aber im Besitze des B und wird von diesem ausgeübt [38]), so wird durch den Eintrag A nicht Eigenthümer der Firma. Allein vermöge der Oeffentlichkeit des Buches kann Jeder, welcher mit der Firma „Müller's Nachfolger" Geschäfte geschlossen hat, soferne ihm das wahre Sachverhältniß nicht bekannt war, sich an A halten, ohngeachtet nicht er, sondern B die Geschäfte im Namen der Firma geschlossen hat; weil eben in Bezug auf die im Vertrauen auf das Register vorgenommenen Handlungen die darin eingetragene Thatsache als wahr gilt.

Ein weiteres Beispiel zeigt zugleich die Grenze, welche dieser Wirkung durch die rein thatsächliche Natur des Registers gezogen ist. Anna Schulze läßt sich als Inhaberin der Firma X in das Handelsregister eintragen; die Veröffentlichung der Thatsache, daß Anna Schulze unter der Firma X kaufmännische Geschäfte betreibt, bewirkt noch nicht an und für sich, daß sie als Handelsfrau anzusehen ist. Wenn sie aber gewerbemäßig kaufmännische Geschäfte betreibt, so kann demjenigen, welcher in gutem Glauben und im Vertrauen auf den Inhalt des Registers mit ihr kontrahirt hat, die mangelnde Einwilligung des Ehemannes nicht entgegengesetzt werden. Desgleichen wenn der minderjährige A auf irgend eine Weise bewirkt, daß er als Kaufmann in das volle Register eingetragen wird, erlangt er hiedurch nicht die Dispositionsfähigkeit. Wenn aber nach den bürgerlichen Gesetzen (wie solches partikularrechtlich vorkommt) die Thatsache, daß ein Minderjähriger öffentlich ein Gewerbe betreibt, genügt, um ihn in dieser Hinsicht dispositionsfähig zu machen, so kann die Minorennität demjenigen gegenüber, welcher in gutem Glauben und im Vertrauen auf den Inhalt des Registers gehandelt hat, nicht eingewendet werden [39]).

---

36) Wenn die Firma X noch nicht im Register steht, und deren Inhaber unterläßt den Eintrag, so ersieht der Dritte aus dem Register eben nur etwas Negatives, und dieser Umstand ist wenig geeignet, auf dessen Rechte einzuwirken.

37) In dem Note 11 entwickelten Sinne.

38) Ist solche von A auf B übergegangen, so ist nicht dieser, sondern der dritte Fall (S. 91) gegeben; es wird also supponirt, daß der Eintrag erfolgt ist in Folge einer Manipulation zwischen A und B. Man darf aber die im Texte aufgeführte Haftung nicht als Folge des dolus des A ansehen, denn gegen A ist nicht blos eine Entschädigungsklage, sondern die Kontraktsklage begründet. Vgl. v. Hahn, Vorbemerkung zum II. Titel Note 12.

39) Vgl. **ROHG.** Bd. 24 S. 320: Derjenige, der eine Erklärung zum Zweck der Beurkundung im Register abgegeben hat, muß seine Erklärung gegen sich gelten lassen; er wird an dem auf Grund seiner Erklärung Registrirten fest-

Bei den bisher angeführten Beispielen wurde davon ausgegangen, daß der den thatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechende Eintrag auf einer Erklärung der Partei beruht. Es ist aber auch denkbar, daß die Erklärung fehlt, daß der Eintrag irrthümlich gemacht wurde. Z. B. der Registerrichter zu X beurkundet, A habe dem B Prokura ertheilt, obwohl A eine diesbezügliche Erklärung gar nicht abgegeben, vielleicht der Richter seine Anmeldung mißverständlich aufgefaßt hat. Hier ist nun die Beurkundung nicht im Stande, eine Wirkung zum Nachtheile Desjenigen auszuüben, der angeblich die ihr entsprechende Erklärung abgegeben hat; die Eintragung vermag die nicht existirende Erklärung nicht zu ersetzen. Hat Jemand im Vertrauen auf die Richtigkeit der Beurkundung gehandelt und kommt er dadurch zu Schaden, z. B. C deshalb, weil A ein von dem Pseudoprokuristen B mit C abgeschlossenes Geschäft nicht für sich gelten läßt, so ist ausschließlich Derjenige haftbar, welcher an dem falschen Eintrage die Schuld trägt[40]).

3. Fall.

Es existirt eine rechtsverändernde oder rechtsaufhebende Thatsache, die im Register eingetragen sein sollte, sie ist aber in demselben nicht eingetragen.

Auch hier ist die Aenderung oder Aufhebung des Rechtes selbst durch den Eintrag nicht bedingt; nur demjenigen, der in gutem Glauben auf den bisherigen Eintrag sich verläßt, kann solches in Gemäßheit der Oeffentlichkeit des Registers Nichts schaden. Wenn also eine offene Handelsgesellschaft im Register eingetragen ist, und es ist in dem Rechtsverhältnisse der Gesellschafter die Aenderung eingetreten, daß einer derselben von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen wurde, so ist diese Aenderung ohne Rücksicht auf den Inhalt des Registers rechtsbeständig. Wer die Ausschließung kennt, und doch mit dem Ausgeschlossenen kontrahirt, erwirbt gegen die Gesellschaft keine Rechte.

Wer aber in gutem Glauben auf den bisherigen Eintrag handelt, der wird durch die Oeffentlichkeit des Registers geschützt; er kann sich auf den Eintrag berufen. Dies gilt insbesondere für den Fall eines Wechsels des Inhabers einer Firma (Art. 25 Abs. II) und zwar selbst dann, wenn die Firma, solange der erste Inhaber das Geschäft unter derselben führte, gleichfalls nicht eingetragen war. Wenn also A sein Handelsgeschäft mit der Firma an B veräußerte, hievon aber zum Handelsregister Nichts anmeldete, so kann C, welcher mit der Firma in dem guten Glauben kontrahirte, daß A noch der Inhaber sei, Diesen auch dann aus dem Geschäfte in Anspruch nehmen, wenn A als Inhaber der Firma

---

gehalten, weil er es erklärt hat. Ebenso ROHG. Bd. 3 S. 412; vgl. auch Bd. 4 S. 259.

40) Hier handelt es sich um eine verpflichtende Thatsache (im Sinne Thöls S. 182), daher die Unterscheidung, welche Staub § 7 zu Art. 12 mit Unrecht verwirft. Vgl. ROHG. Bd. 23 S. 286. Wer hienach als haftbar in Anspruch genommen werden kann, ist Frage des einzelnen Falles; es ist z. B. möglich, daß eine Erklärung wirklich eingelaufen ist, dieselbe aber von einem Dritten fälschlich auf den Namen des dazu Berufenen hergestellt wurde. Hier wird den Fälscher die Haftung treffen. Inwieweit der etwa kulpos handelnde Registerrichter und eventuell der Staat den eingetretenen Schaden zu ersetzen hat, entscheidet sich nach den maßgebenden Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Vgl. ROHG. a. a. O., Puchelt Anm. 6a zu Art. 12.

niemals eingetragen, überhaupt die Firma nicht registrirt war[41]. Auch das Erlöschen einer Firma ist eine rechtsverändernde Thatsache, deren Nichteintrag zu Ungunsten des bisherigen Inhabers oder seines Erben wirken kann[42]. Rechtsverändernde Thatsachen sind ferner in den Fällen der Art. 46 Abs. II, Art. 87 Abs. II, Art. 115, 129, 135, 155, 171, 233 in Frage[43].

4. Fall.

Es existirt eine Aenderung oder Aufhebung des bisherigen Zustandes nicht, es ist aber eine solche Aenderung oder Aufhebung im Register eingetragen.

Ein solcher Eintrag ist an und für sich rechtsunwirksam. Wenn der Kommanditist A als aus der Kommanditgesellschaft ausgetreten eingetragen sein sollte, es liegt aber ein geheimer Vertrag vor, nach welchem derselbe nach wie vor der Kommanditist des Mitgesellschafters B sein soll, so könnte derselbe ohngeachtet des entgegenstehenden Eintrages von den Gläubigern des persönlich haftenden Gesellschafters immer noch belangt werden, und er selbst kann seine Einlage weder ganz noch theilweise zurückbezahlt verlangen. Wenn aber in einem solchen Falle A seine Einlage an C verkauft und dieser in gutem Glauben, das Kommanditverhältniß sei erloschen, das Cessionsgeschäft eingeht, so kann ihm B den Art. 165 Abs. 2 nicht entgegenhalten. Denn die im Vertrauen auf den Inhalt des Registers vorgenommene Handlung muß die diesem Inhalte angemessene Wirkung für den gutgläubigen C hervorrufen, daß die Einlage zurückgefordert werden kann[44].

Wenn A als Erwerber der Firma X in das Register eingetragen wird, ohne es wirklich zu sein, so verliert der wahre Inhaber B sein Eigenthum nicht. Allein wenn C in gutem Glauben mit dem eingetragenen Inhaber Geschäfte macht, so müssen diese die ihnen nach dem Registerinhalte zukommende Wirkung haben, die Firma X zu verpflichten, und B kann sich auf den wahren, dem Register widerstreitenden Zustand nicht berufen, obwohl er persönlich allerdings nicht verhaftet wird.

Auch für diesen Fall ist zu berücksichtigen, was oben bei dem ersten Falle bemerkt worden ist, indem auch hier das Resultat der Kenntniß des Inhalts des Registers den entgegenstehenden Verhältnissen gegenüber regelmäßig ein negatives und daher wenig von Einfluß auf den Rechtserwerb sein wird.

Aus dem Bisherigen ergibt sich bereits die Regelung der Beweislast in den einzelnen Fällen. Das Gesetz spricht als Prinzip aus:

---

41) Vgl. **ROHG.** Bd. 23 S. 227; **RG.** Bd. 15 S. 35; Bolze Bd. 9 Nr. 109. (Die entgegengesetzte Ansicht ist ausgeführt von Wulff in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 42 S. 1 ff.) Analog ist dies auf Minderkaufleute anzuwenden; veräußert nämlich z. B. ein Kleinkrämer sein Geschäft mit der Erlaubniß, seinen Namen fortzuführen, so bleibt er aus den von seinem Nachfolger abgeschlossenen Rechtsgeschäften haftbar, wenn er nicht die Veränderung in's Handelsregister eintragen läßt oder sonst bekannt macht. **RG.** Bd. 12 S. 12, Bd. 15 S. 36.

42) Gegen den Erben z. B. dann, wenn nach dem Tode des Firmeninhabers der Prokurist noch Verbindlichkeiten Namens der Firma eingegangen hat; vgl. Bolze Bd. 1 Nr. 313.

43) Wie im 1. Falle (s. Note 35) macht es keinen Unterschied, ob die Eintragung der rechtsverändernden (befreienden) Thatsache mangels einer Erklärung der Partei oder trotzdem eine solche vorlag, unterblieben ist.

44) Vorbehaltlich natürlich der Rechte der Gläubiger der Gesellschaft.

Was im Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht ist, muß Jedermann wissen[45]).

Wer also nach diesem Inhalte handelt, ist so lange als gutgläubig anzusehen, bis das Gegentheil erwiesen ist; wer nicht danach handelt, ist so lange als bösgläubig zu erachten, bis er das Gegentheil erwiesen hat. Daraus ergibt sich, daß es zum Beweise des bösen Glaubens erforderlich ist, darzuthun, daß derjenige, welcher sich auf den Inhalt des Registers stützt, die Unwahrheit dieses Inhaltes gekannt habe[46]); denn nachdem die Oeffentlichkeit des Registers jede anderweitige Erkundigungspflicht ausschließt, so hat derjenige keine Pflicht verletzt, welcher sich mit der Wissenschaft, die er aus dem Register schöpfen kann, begnügt, und wenn ihm auch nachgewiesen werden könnte, daß er durch Nachfragen sich leicht von der Unrichtigkeit des konstatirten Zustandes, von der inzwischen erfolgten Aenderung hätte vergewissern können, so ist doch deshalb nicht weniger wahr, daß er, wenn er es eben nicht gethan, wenn er sich auf den Registerinhalt verlassen hat, als in gutem Glauben befindlich erscheint[47]). Anders wenn

---

45) Es kann v. Kräwel nicht beigestimmt werden, welcher S. 43 Anmerk. 2 sagt: im Handelsgesetzbuche finde sich nirgends eine Andeutung dafür, daß Jemand verpflichtet wäre, die öffentlichen Bekanntmachungen des Inhaltes der Register zu lesen oder das Handelsregister selbst einzusehen; vielmehr folgt die allgemeine Erkundigungspflicht (Thöl) schon aus dem Prinzipe der Oeffentlichkeit. Doch wird man allerdings einen Unterschied zu machen haben, ob derjenige, der sich auf das Nichtkennen der öffentlichen Bekanntmachung beruft, ein Kaufmann ist oder nicht; Kaufleuten gegenüber wird man die Erkundigungspflicht strenger zu nehmen haben, als gegenüber Nichtkaufleuten. Die vermuthbare Kenntniß Dritter, d. h. des Publikums, ist aber etwas wesentlich Anderes als die Offenkundigkeit des § 264 CPO.; für das Prozeßgericht ist also der Registerinhalt nicht als notorisch zu betrachten. RG. Bd. 13 S. 371.

46) Auf eine Rechtswidrigkeit desjenigen, der den Eintrag unterläßt (Hahn, Vorbemerkung § 6) braucht man das Hinwegfallen des Kennenmüssens für diesen Fall nicht zu stützen; obwohl bei den Berathungen (Prot. S. 930) dieses Moment speziell hervorgehoben wurde.

47) Manchmal scheint praktisch der Fall des „Kennenmüssens" auch hier vorzuliegen, aber nur scheinbar. A in München hatte dem B die ertheilte Prokura entzogen, solches aber im Register eintragen zu lassen versäumt; B begab sich nach Paris, woselbst A keinerlei Geschäftsverbindung besaß, und war als Kellner in einem Café thätig. D reiste nach Paris, erwarb dort von B einen per procura A gezeichneten Wechsel und wollte nun den A in Anspruch nehmen, der sich damit zu schützen versuchte, D habe nach dem ganzen Vorgange wissen müssen, daß das Prokuraverhältniß erloschen sei. Es wurde auch die Klage allerdings zurückgewiesen, allein nicht, weil D die Erlöschung der Prokura nach den Umständen kennen mußte, sondern weil durch die Umstände als bewiesen angenommen wurde, daß D bei dem Erwerbe des Wechsels wirklich gewußt habe, der Kellner B in Paris sei nicht mehr Prokurist des Kaufmannes A in München. Dieselbe Entscheidung würde wohl in dem Beispiele zu geben sein, welches bei den Berathungen (Prot. S. 930) gegen den Ausschluß des Kennenmüssens vorgebracht wurde; wenn eine nicht eingetragene Aenderung 20 und mehr Jahre im Publikum bekannt gewesen, wird man schwerlich eine andere richterliche Ueberzeugung schöpfen, als daß sie auch dem bestimmten Dritten bekannt war. Wem übrigens ein Umstand einmal bekannt geworden ist, für den gilt, falls es zu seinem Nachtheil später auf die Kunde von dem Umstand ankommt, dieser als bekannt, ohne daß er sich darauf berufen kann, er habe im entscheidenden Momente an den Umstand nicht gedacht. ROHG. Bd. 12 S. 170.

es auf den Beweis des guten Glaubens ankommt; wer dasjenige nicht weiß, was er wissen soll und wissen muß, kann nicht als gutgläubig angesehen werden, so lange nicht besondere Umstände ihn entschuldigen. Wer also gegen den Inhalt des Registers handelt, muß, um die ihn deswegen treffende Vermuthung des bösen Glaubens zu entkräften, darthun, nicht nur, daß er den Inhalt nicht gekannt hat, sondern auch, daß ihm nicht wohl zugemuthet werden konnte, davon Kenntniß zu haben, das heißt, daß er den Inhalt nicht habe kennen müssen.

Hienach liegt in jedem Falle die Beweislast bei Demjenigen, welcher ein Recht gegen den veröffentlichten Inhalt des Registers in Anspruch nehmen will[48]).

Durch welche Mittel nun dieser Beweis erbracht werden könne, ist nach den konkreten Verhältnissen zu ermessen. Derselbe kann sich aber in den Fällen des Art. 25 Abs. 2 und Art. 46 Abs. 1 lediglich dahin richten, daß der Dritte speziell von der Thatsache in Kenntniß gesetzt worden sei, z. B. durch einen Brief, ein Cirkular, oder durch mündliche Benachrichtigung Seitens des Prinzipals oder eines Anderen, allenfalls auch dadurch, daß er zufälligerweise durch Gespräche Dritter oder durch andere Umstände die Aenderung oder Erlöschung erfahren habe. Neben Urkunden, Zeugen und dem Eide können allerdings auch Vermuthungen als Beweismittel verwendet werden[49]), doch können diese nur insoweit Beachtung finden, als sie überhaupt zur Beweiserbringung zulässig sind. Ferner dürfen dieselben nicht dazu benützt werden, um das Moment des Kennenmüssens, welches das Gesetz in diesem Falle ausgeschlossen hat, auf einem Umwege wieder in dasselbe zu bringen. Wenn demnach sich darauf gestützt werden will, daß die betreffende Thatsache allgemein bekannt gewesen sei, so muß doch stets die Folgerung dahin gezogen werden, „daß demnach auch der Dritte sie gekannt habe", niemals aber dahin, „daß sie der Dritte bei Anwendung irgend welcher Sorgfalt hätte kennen müssen, daß sie ihm ohne grobe Nachlässigkeit auf seiner Seite gar nicht hätte unbekannt bleiben können." [50]).

---

48) So auch Thöl S. 182 Nr. VII; Puchelt Anm. 3 zu Art. 25; Staub § 3 zu Art. 25; Busch Archiv Bd. 10 S. 412 u. A. Anderer Ansicht v. Hahn, Vorbemerkung § 8 ff., der sich dafür auf Prot. S. 929 beruft; allein wenn es allgemeine Regel ist, daß Derjenige die behauptete Thatsache zu beweisen hat, welcher aus derselben Rechte für sich ableiten will, so kann aus den Worten des Art. 25 Abs. 3 und Art. 46 Abs. 2 nichts Anderes gefolgert werden, als daß der Dritte die ihn schützende Ausnahme, die Umstände, welche die Abwesenheit des bösen Glaubens annehmen lassen, darthun muß. Was in den Hahn'schen Beispielen als Ueberwälzung der Beweislast auf Denjenigen erscheint, welcher sich auf die Einträge beruft, sind lediglich Fälle, in denen die vom Dritten bewiesenen, für ihn sprechenden Umstände im Wege des Gegenbeweises als ungenügend dargethan werden; die primäre Beweislast trifft Denjenigen nie, der sich auf das Register stützt, und insbesondere ist der in § 10 aufgeführte Fall lediglich ein Fall des antizipirten Gegenbeweises gegen die Berufung des Dritten auf Art. 25 Abs. 3 oder Art. 46 Abs. 2.

49) Ueber den Unterschied dieses Beweismittels von dem Beweise des Kennenmüssens siehe oben Note 47.

50) Uebrigens gilt selbstverständlich auch hier der Grundsatz der freien Beweiswürdigung — CPO. § 259 —, für welche im Texte gewisse leitende Gesichtspunkte angegeben sind.

Was dagegen die Fälle des Art. 25 Abs. 3 und Art. 46 Abs. 2 betrifft, so hat hier der Dritte, welcher sein Nichtwissen der eingetragenen und veröffentlichten Aenderung vorschützt, Umstände anzuführen und zu beweisen, welche die begründete Vermuthung, daß ein gehörig veröffentlichter Eintrag auch allgemein bekannt geworden sei[51]), entkräften und dem Richter die Ueberzeugung[52]) verschaffen, daß der Beweisführende auch bei Anwendung der einem ordentlichen Kaufmanne obliegenden Sorgfalt in Unkenntniß über die eingetragenen und veröffentlichten Thatsachen bleiben mußte. Daß diese Umstände besondere, außergewöhnliche Ereignisse oder Zustände sein müssen, ergibt sich hieraus von selbst; es sind hieher Abwesenheit, längeres Kranksein u. s. w. zu rechnen[53]).

Gegen diesen Beweis steht sodann Demjenigen, welcher sich auf den Eintrag stützt, der Gegenbeweis zu; dieser kann sich auf die Unwahrheit der behaupteten besonderen Umstände, oder auch darauf richten, daß der Dritte demohngeachtet den Eintrag wirklich gekannt[54]), oder doch wenigstens von der Thatsache selbst Wissenschaft erlangt habe[55]).

Die Anwendung dieser allgemeinen Sätze auf die einzelnen Fälle der Aenderung oder des Erlöschens einer Firma oder einer Prokura ergibt sich von selbst und bedarf deshalb keiner weiteren Erörterung.

Art. 12.

Bei jedem Handelsgerichte ist ein Handelsregister zu führen, in welches die in diesem Gesetzbuche angeordneten Eintragungen aufzunehmen sind.

Das Handelsregister ist öffentlich. Die Einsicht desselben ist während der gewöhnlichen Dienststunden einem Jeden gestattet. Auch kann von den Eintragungen gegen Erlegung der Kosten eine Abschrift gefordert werden, die auf Verlangen zu beglaubigen ist.

Pr. E. Art. 8. I. E. Art. 8. II. E. Art. 11. Prot. S. 21, 893.

---

51) Hiefür kann nicht dem Gegentheile noch besonderer Beweis aufgelegt werden; was v. Hahn a. a. O. § 9 Nr. 2 lit. b anführt, ist Beweis der geschehenen Veröffentlichung.

52) Das im Gesetze gebrauchte Wort „Annahme“ soll nach dem Prot. S. 4512 gleichbedeutend mit „Ueberzeugung“ sein.

53) Ist aber der abwesend Gewesene zurückgekehrt, der Kranke genesen und hat gehandelt, ohne sich über das während seiner Abwesenheit oder Krankheit Vorgefallene zu vergewissern, so wird in der Regel die Unkenntniß nicht entschuldbar sein.

54) Geständnisse in Briefen, im Gespräche, ferner Zeugen, welche ihn davon benachrichtigt haben u. s. w.

55) Dieser Gegenbeweis fällt dann mit dem primären Beweise Desjenigen zusammen, welcher die Kenntniß des Nichteintrages behauptet. — Vgl. Note 50.

1) Bei jedem Handelsgerichte.

An die Stelle des Handelsgerichts tritt gemäß Art. 3 das gewöhnliche Gericht[1]).

Das Handelsregister scheidet sich seinem materiellen Inhalte nach in das eigentliche Firmenregister und in das Gesellschaftsregister. Die Art und Weise der Führung dieser beiden Register zu bestimmen, ist den Landesgesetzgebungen überlassen[2]).

Die Registerrichter haben von Amtswegen darauf zu halten, daß die vom Gesetz geforderten Eintragungen ohne Verzug und der wahren Sachlage entsprechend erfolgen. In dieses Verfahren können die Prozeßgerichte unmittelbar nicht eingreifen. Insbesondere berechtigt sie dazu nicht die nur auf Anordnungen gegenüber einer Partei bezügliche Bestimmung des § 817 CPO.[2a]).

2) Die in diesem Gesetzbuche angeordneten Eintragungen[3]).

I. Gegenstand der Eintragung ist:

a) Begründung einer Firma[4]);
b) Aenderung der Firma[5]) oder ihres Inhabers[6]);
c) Erlöschen der Firma[7]);
d) Ertheilung einer Prokura[8]);
e) Aufhebung der Prokura[9]);
f) Errichtung oder Auflösung einer Handelsgesellschaft[10]); bei Aktiengesellschaften auch die Bestellung des Vorstandes[11]);

---

1) S. das zu Art. 3 Bemerkte, insbesondere Note 2.

2) In Bayern regelt das Einführungsgesetz Art. 9 und die Instruktion vom 30. März 1862 die Art und Weise der Registerführung (vgl. hierüber den Kommentar zum Einf.-Ges. S. 63 ff.); in Preußen Einf.-Ges. Art. 4, Instruktion v. 24. Juni 1861.

2a) Kammergericht b. Johow u. Küntzel Bd. 4 S. 36; Staub § 1; a. M. Behrend § 39 Anm. 34, Puchelt Anm. 4.

3) Bei den Berathungen (Prot. S. 21) war angeregt worden, die Aufzählung in das Gesetz selbst aufzunehmen; allein die Redaktionskommission nahm die einzelnen Fälle nicht auf. (Vgl. Anmerk. zu Seite 143 des Beil. Bd. 1).

4) Hieher gehört auch die Errichtung eines Zweigetablissements, da in diesem Falle die Firma als an dem Orte des letzteren gleichfalls begründet angesehen werden muß. Ueber die verschiedenen Streitfragen siehe die Erläuterungen zu Art. 19 und 21.

5) Sowohl beim Einzelkaufmanne, wie bei den Gesellschaften, bei letzteren auch die Verlegung des Gesellschaftssitzes (Art. 25, 87, 155).

6) Dahin gehört insbesondere der Uebergang des Geschäftes mit der Firma an einen Dritten (Art. 22).

7) Art. 25.

8) Art. 45.

9) Art. 46.

10) Errichtung einer offenen (Art. 86), einer Kommanditgesellschaft (Art. 151, 152), einer Aktiengesellschaft (Art. 210, 212), einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (Art. 176, 179); Auflösung einer dieser Gesellschaften (Art. 129, 171, 243, 200); die stille Gesellschaft und die Vereinigung zu Handelsgeschäften sind als solche nicht anzumelden, wohl aber wenn dabei ein Etablissement besteht, dessen Firma.

11) Art. 228. — Ueber die Eintragung des Konkurses von Amtswegen s. bayr. Instruktion vom 30. April 1862 § 17; preuß. Einf.-Ges. Art. 13 und Ausf.-Ges. zur Konk.-Ordn. § 13.

g) gewisse Veränderungen in dem Bestande der offenen oder Kommanditgesellschaft, nämlich Eintritt und Austritt von Gesellschaftern[12]), Entziehung oder Ertheilung der Vertretungsbefugniß an einzelne Gesellschafter[13]);

h) jede Abänderung des Gesellschaftsvertrages bei Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien[14]); insbesondere die Aenderung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft, die Erhöhung und die theilweise Zurückzahlung des Kapitales der Kommanditaktionäre oder des Grundkapitales einer Aktiengesellschaft an die Aktionäre[15]);

i) die Ernennung eines Liquidators, das Aufhören dieser Eigenschaft[16]).

Durch die Einführungsgesetze können die Gegenstände der Eintragung noch vermehrt werden[17]).

Damit diese Eintragungen auch wirklich erfolgen, ist die unterlassene Anmeldung mit Ordnungsstrafen bedroht. Solche Androhungen enthalten die Artikel 26, 45, 89, 129, 135, 154, 155, 171, 249g, 251. Ueber die Höhe und Art dieser Strafen hat das Gesetzbuch jedoch Nichts bestimmt, nur hielt man innerhalb der Kommission[18]) für selbstverständlich, daß die Strafen zunächst in Geldstrafen zu bestehen hätten[19]). Im Allgemeinen ist hinsichtlich des Verfahrens zu beachten, daß es sich hier weder um eine den Normen der CPO. unterliegende bürgerliche Rechtsstreitigkeit zwischen Prozeßparteien, noch um eine Strafsache im Sinne der Strafprozeßordnung, vielmehr um ein wesentlich im öffentlichen Interesse verordnetes, bestimmten Gerichtsbehörden zur Durchführung überwiesenes Administrativverfahren handelt[20]).

II. Nur die im Gesetzbuche ausdrücklich zur Eintragung vorgeschriebenen Thatsachen dürfen in das Handelsregister eingetragen werden.

---

12) Art. 87, 129, 156, 170, 171.

13) Art. 115, 86 Nr. 4, Art. 150 Abs. 2.

14) Art. 180 f., 214.

15) Art. 233, 180h, 215a, 203, 248.

16) Bei der offenen Gesellschaft (Art. 135), bei der Kommanditgesellschaft (Art. 172), bei der Aktiengesellschaft (Art. 244), bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien (Art. 205).

17) Das Gesetz betr. die Einführung des HGB. 2c. als Bundesgesetz, vom 5. Juni 1869, bestimmt in § 3: „Insbesondere bleiben folgende auf die Einführung .... des HGB. sich beziehende landesgesetzliche Vorschriften in Kraft: ..... B. in Ansehung des HGB. ..... 2) die Vorschriften, welche in Ansehung der Eintragungen in das Handelsregister noch andere als die in dem HGB. bestimmten Eintragungen zulassen oder gebieten." Einzelnes über Eintragungen in das HR., welche durch die Landesgesetzgebung vorgeschrieben oder für zulässig erklärt sind (insbes. betreffend juristische Personen, Bevormundete, Ehefrauen, Güterrechtsverträge der Ehegatten, Konkurseröffnung 2c.) s. bei Behrend Zusatz III zu § 39; vgl. auch Rießer in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 42 S. 321 (Handelsvollmacht betr.).

18) Nach dem Zeugnisse von Hahn § 14.

19) Das bayr. Einführungsgesetz droht in Art. 18 eine Geldbuße bis zu 300 fl. an; s. hiezu das Ges., die Bestimmung von Geldstrafen nach der Reichswährung betr. v. 8. November 1875. Das preuß. Einf.-Ges. Art. 5 § 7 bestimmt Geldbuße von 5—200 Thlr. Umwandlung in Freiheitsstrafe findet hier wie dort nicht statt.

20) Vgl. RG. Bd. 2 S. 223; preuß. Einführ.-Ges. Art. 4—7; bayr. Einf.-Ges. Art. 10 ff., Ausf.-Ges. z. CPO. Art. 76.

Die Motive zum Pr. E. S. 10 sagen hierüber Folgendes: Der Kreis der Thatsachen, welche sich zur Eintragung in das Handelsregister eignen, muß ein gesetzlich begrenzter sein. Es kann nicht zugegeben werden, daß es jedem Kaufmanne frei stehe, beliebige Thatsachen durch das Handelsregister zu veröffentlichen, welche Dritten entgegenzusetzen vielleicht in seinem Interesse liegt. Abgesehen davon, daß dadurch leicht eine Ueberfüllung der Handelsregister zu befürchten stände, und die Handelswelt in die den Verkehr im höchsten Grade störende Nothwendigkeit versetzt würde, bei jedem Geschäfte zahllose Vermerke der einzelnen Handelsregister durchzusehen, ist der Grund entscheidend, daß die Wirkung der Bekanntmachungen durch das Handelsregister immerhin auf einer Fiktion beruht, welche möglicherweise mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt. Eine solche Fiktion darf aber nur da zugelassen werden, wo eine gesetzliche Nothwendigkeit für dieselbe vorliegt.

Dieser letztere Grund ist nun zwar nicht vollkommen stichhaltig; allein die Richtigkeit des Satzes selbst ergibt sich schon daraus[21]), daß im Gesetze alle Einträge in das Register bei Strafe und zum Theile bei Vermeidung schwerer Rechtsfolgen geboten sind, von blos gestatteten aber nirgends die Rede ist, demnach die öffentliche Autorität des Handelsregisters auf andere als die ausdrücklich zur Eintragung vorgeschriebenen Einträge sich nicht erstreckt und in Folge dessen eine Vermischung der gebotenen und nichtgebotenen Eintragungen Unsicherheit und Verwirrung erzeugen würde, während gerade das Handelsregister dem Handelsverkehre die höchstmögliche Sicherheit gewähren soll. Der oben ausgesprochene Satz wurde denn auch im Laufe der Berathungen dadurch anerkannt[22]), daß auf Anregung der Frage, ob auch die Eintragung aller Vollmachten, welche nicht Prokuren sind, in ein hiefür bestimmtes Repertorium bei den Handelsgerichten verlangt oder freigelassen werden solle, mit 14 gegen 1 Stimme beschlossen wurde: es seien für freiwillige Einträge Register nicht zu eröffnen. An diesem Grundsatze hat auch die Praxis bisher festgehalten[23]).

Selbstverständlich sind solche Thatsachen von der Eintragung ausgeschlossen, welchen das Gesetz die Wirkung versagt, z. B. die Beschränkung einer Prokura[24]).

---

21) Vgl. Entsch. des k. b. Handelsappellationsgerichtes zu Nürnberg vom 6. Juli 1863 (Sammlung handelsger. Entscheid. Bd. 1 S. 209).

22) Prot. S. 88.

23) Vgl. Erk. d. HAG. Nürnberg, Busch Archiv Bd. 1 S. 535; ferner Centralorgan Bd. 2 S. 141 und neue Folge Bd. 1 S. 245. (Hienach ist es unzulässig, Beamte und Bevollmächtigte einer Aktiengesellschaft in das Handelsregister einzutragen.) Busch Archiv Bd. 2 S. 175. (Durch das HR. kann nicht veröffentlicht werden, wer bei einer Aktiengesellschaft die Zeichnung eines Beamten der Gesellschaft — Art. 235 — zu kontrasigniren hat; denn hierin liegt nicht eine Bestimmung über die Form, in welcher der Vorstand seine Willenserklärung abgibt, sondern eine Modifikation der Vollmacht und Zeichnung eines Beamten.) Centralorgan n. F. Bd. 1 S. 575; RG. Bd. 22 S. 58. (Anmeldungen erst bevorstehender Veränderungen in den Firmen- und Gesellschaftsverhältnissen können nicht eingetragen werden; in der Anmeldung einer Firma zum HR. liegt schon ein Gebrauch der Firma.) Siehe auch Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 21 S. 525; handelsappellgerichtl. Entsch. Bd. 3 S. 18. (Unzulässig ist die Eintragung der Liquidatoren einer Einzelfirma.)

24) Auch die eingetragene Beschränkung gilt als nicht vorhanden, da die

III. Der Entwurf erster Lesung hatte in den Art. 13—15 incl.[25]) die Veröffentlichung des ehelichen Güterrechtes durch das Handelsregister für jene Fälle vorgeschrieben, in denen durch Vertrag eine Abänderung der Haftung des Vermögens der Ehefrau nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetze oder Gewohnheitsrechte festgesetzt werden sollte. Für den Kredit und zur Verhütung von Täuschungen der Gläubiger wäre es nun allerdings höchst zweckmäßig, wenn Jedem, welcher sich mit einem verheiratheten Kaufmanne in Geschäfte einläßt, die Möglichkeit gegeben wäre, sich vor einer ihm nachtheiligen Bevorzugung der Ehefrau sicher zu wissen. Allein es läßt sich nicht verkennen, daß mit den vorgeschlagenen Sätzen dem Verkehre sehr wenig gedient sein würde.

Der Referent der Kommission (Dr. Heimsoeth) bemerkte mit Recht[26]): „Nach diesen Bestimmungen würde es hauptsächlich die Aufgabe der Ehefrau sein, auf die Veröffentlichung der ehelichen Güterrechte zu dringen; dadurch aber wäre dieselbe in die ihrer sittlichen Stellung wenig entsprechende Lage gebracht, dem Manne entgegen zu treten und dessen Kredit zu gefährden, worunter auch sie selbst mittelbar leiden würde. In vielen Fällen würde sich die Frau lieber den künftigen Vermögensnachtheilen aussetzen und deshalb die Veröffentlichung unterlassen. Aber auch den Gläubigern gegenüber würde das Verhältniß ein sehr verfängliches werden; unter einer Abweichung vom gesetzlichen Güterrechte sei sowohl die Einführung der Gütergemeinschaft, als die Abänderung einer gewissen Art von Gütergemeinschaft, als die Ausschließung der Gütergemeinschaft einbegriffen; es werde demnach eine unbestimmte Menge von Fällen, z. B. Wechsel des Domizils, Aenderung der Gesetzgebung, Testament oder Schenkung eines Dritten in den Kreis der Eintragungen gezogen. Ueberdies würden im Falle der Annahme einer Gütergemeinschaft beinahe unlösbare Schwierigkeiten sich ergeben. Ein weiteres hauptsächliches Bedenken würde beim Konkurse hervortreten, indem man den obigen Bestimmungen zufolge zweierlei Gläubiger haben würde, solche, welche die Wirksamkeit der abgeschlossenen Güterrechtsverträge oder sonstiger Abweichungen vom gesetzlichen Güterrechte gegen sich gelten lassen müßten, und andere Gläubiger, welche die Fortdauer anderer Bestimmungen für sich geltend machen dürften; ja unter Umständen, beim Wechsel des Domizils, könne es dann sogar zu einer Reihe verschiedener Klassen von Gläubigern kommen. Dadurch gehe die Möglichkeit eines gerichtlichen Akkordes verloren, da dieser eine Gleichberechtigung der Gläubiger voraussetze, werde auch[27]) die Behandlung der Konkurse eine sehr schwierige werden."

Eine durchgreifende Hülfe läßt sich durch derartige formale Vorschriften nicht erreichen, sondern nur durch eine entsprechende Aenderung des ehelichen Güter-

---

Akte des Registerrichters das gesetzliche Recht nicht zu ändern vermögen. **ROHG.** Bd. 6 S. 140.

25) Entsprechend den Art. 12 ff. des Pr. E.; doch hatten diese Art. die Pflicht, den Vertrag beim Handelsregister anzumelden, lediglich den Gerichten und Notaren aufgelegt, und als Präjudiz für den Unterlassungsfall dem Ehemanne im Falle der Zahlungseinstellung die Strafe des einfachen Bankerottes angedroht.

26) Protokolle S. 907.

27) Die trefflichen Ausführungen des Bremer Abgeordneten Dr. Heinecken (Prot. S. 911 ff.) deuten eben dahin.

rechts selbst; insbesondere durch die Einführung einer durch Vertrag gar nicht ausschließbaren Mithaftung des Vermögens der Ehefrau eines Kaufmannes.

Es wurden deshalb auch die vorgeschlagenen Artikel verworfen und besteht nach dem Handelsgesetzbuche keinerlei Berechtigung oder Verpflichtung, hinsichtlich der Vermögensverhältnisse der Ehefrau irgend einen Eintrag im Handelsregister zu machen[28]).

3) Das Handelsregister ist öffentlich.

Dieser Satz bildet das Prinzip für die beiden folgenden Vorschriften, zugleich aber auch für die den Einträgen in das Handelsregister beigelegten Wirkungen. Die Publizität allein ist es, welche als Grund angesehen werden muß, weshalb die im Register eingetragenen Thatsachen, ohne daß die Eintragung selbst denselben eine gesteigerte rechtliche Bedeutung gibt, dennoch von rechtlichen Folgen sind[29]).

Es ergibt sich nun die Frage: was ist anzunehmen, wenn der Registereintrag und die öffentliche Bekanntmachung nicht übereinstimmen?

Im holländischen Handelsgesetzbuche (Art. 29) und in dem Entwurfe des Reichshandelsgesetzbuches (Tit. III Art. 12) ist dieser Fall ausdrücklich entschieden, und zwar dahin, daß rücksichtlich Dritter nicht dem Eintrage, sondern der öffentlichen Bekanntmachung der Vorzug ertheilt ist. Der preußische Entwurf, davon ausgehend, daß sich dieselbe Bestimmung schon aus seinem Art. 11 (siehe Einleitung Note 26) ergebe, hatte sich darüber nicht ausdrücklich ausgesprochen (Motive S. 11). Auch nach der jetzigen Fassung der Artikel des GB. dürfte die obige Entscheidung nicht als gerechtfertigt anzusehen sein[30]). Die Eintragung ist hiernach allerdings das Maßgebende, die Errichtung eines Registers erscheint als der eigentliche Zweck des Gesetzes und als die Grundlage der rechtlichen Wirkungen[31]). Für den guten Glauben des Dritten dagegen wird lediglich der Inhalt der Veröffentlichung von Bedeutung sein und es wird in der Regel angenommen werden müssen, daß sich seine Wissenschaft nur auf den Inhalt der Bekanntmachung erstrecke. Gesetzt den Fall, A nimmt die dem B und C ertheilte Prokura zurück und solches wird im Register eingetragen, in der Veröffentlichung aber bleibt aus

---

28) Anders verhält sich dies nach Preußischem Landrecht. Zufolge des A. L. R. Th. II Tit. I § 345 bildet allerdings im Allgemeinen die Gütergemeinschaft auch für Kaufleute nicht die Regel; wo aber Partikularstatuten, Gewohnheitsrecht oder Herkommen dieses Güterrecht für das gesetzliche erklären — dies ist, soweit in Bayern Preußisches LR. als subsidiäres Recht gilt, z. B. der Fall im Ansbachischen, Bayreuthischen, Bambergischen, Eichstättischen, Dinkelsbühl, Fürth, Pappenheim, Weißenburg u. s. w. — ist nach § 422 der Ausschluß der Gütergemeinschaft öffentlich bekannt zu machen und nach § 423 bei Kaufleuten auch noch an der Börse anzuschlagen. An Stelle dieser letzteren Bestimmung schreibt das Preußische Einf.-Ges. in Art. 20 den Eintrag im Handelsregister und die Veröffentlichung nach Art. 13 des HGB. vor.

29) Vgl. das Nähere in der Einleitung.

30) In den Prot. S. 898 ist die Aeußerung eines Mitgliedes erwähnt, „es könne dem Eintragenden gegenüber nicht von Einfluß sein, wenn die Publikation aus Versehen unterlassen werde"; allein dieselbe fand keine Berücksichtigung.

31) Daher z. B. in den Fällen des Art. 163, 178, 211 nur von der Eintragung, nicht von der Veröffentlichung gesprochen wird.

Versehen der Name C aus, so kann offenbar nicht Abs. 2 des Art. 46, sondern nur der Abs. 1 in Anwendung gebracht werden[32]).

4) Die Einsicht desselben.

Das Recht der Einsichtnahme erstreckt sich nicht nur auf das Register selbst, sondern auch auf die Beilagen des Registers, auf jene Urkunden und Belege, auf welchen dasselbe beruht[33]). Zweifelhafter ist, ob hiemit auch die Befugniß allgemein eingeräumt sei, die Akten selbst, in welchen die Eintragung verhandelt worden ist, einzusehen und etwa Abschriften davon zu nehmen. Es kann hiebei Mancherlei vorgekommen sein, was den Dritten in keiner Weise angeht und was den Kredit des Kaufmanns oder der Gesellschaft wesentlich zu beeinträchtigen geeignet sein würde.

Im Hinblicke darauf, daß ein blos neugieriges Nachsehen Seitens unintereſſirter Dritter (wenn es auch in thesi denkbar ist) in der Wirklichkeit nicht häufig vorzukommen pflegt, daß es sich Jedermann gefallen lassen muß, wenn die Art und Weise, wie er oder seine Mitbetheiligten gehandelt und sich bei Gericht erklärt haben, ihm Nachtheil bringt, daß endlich eine Ausscheidung derjenigen Belege, welche eingesehen werden dürfen oder nicht, eine dem Wesen des Handelsverkehres, der sich frei bewegen muß, widerstreitende Gerichtsbevormundung in sich schließen würde, wird die Ansicht als gerechtfertigt erachtet werden müssen, daß der Gesammtinhalt der Handelsregisterakten öffentlich ist.

5) In den gewöhnlichen Dienststunden.

Bei der ersten Lesung war die Streichung dieser Worte um deswillen beantragt, weil die Bestimmung darüber den einzelnen Gerichten zu überlassen sei, und weil jene Worte leicht zu der irrigen Ansicht führen könnten, als brauchten selbst in dringenden Fällen die Register außer der Dienstzeit nicht zur Einsicht vorgelegt zu werden. Obwohl nun die Kommission auf eine Streichung nicht einging, wurde doch, weil damit nur ein Minimum festgesetzt und eine Garantie für die Oeffentlichkeit der Register gegeben sei, als selbstverständlich erklärt, daß in dringenden Fällen die Einsicht auch außer den gewöhnlichen Dienststunden zu gestatten sei[34]).

Dieser Konstatirung zufolge wird denn auch von der Mehrzahl der Schriftsteller die allgemeine Befugniß, in dringenden Fällen jederzeit das Register einzusehen, vertheidigt[35]).

Dagegen erklärt Busch[36]) diese Ansicht für unrichtig; dem klaren Gesetzestexte gegenüber, welcher die Handelsgerichte zu weiter Nichts, als zur Vorlegung der Handelsregister während der Dienststunden verpflichte, könne eine Ansicht der Kommission nicht entscheiden; es sei kein Kriterium gegeben, welche Fälle dringend,

---

32) Vgl. Behrend § 39 Anm. 18.

33) Protokolle S. 918. An dieser Stelle wird davon gesprochen, daß in Hamburg und Bremen das Publikum von der Befugniß, „die Eingaben oder Protokolle über die Verhältnisse der Gesellschafter, sowie die Prokuren und Handschriften nachzusehen“ vielfältig Gebrauch mache, und sodann das Recht des Publikums auf Einsicht, „Unterlage und Belege der Einträge“ ausdrücklich konstatirt. Vgl. auch **RG.** Bd. 8 S. 64; **ROHG.** Bd. 23 S. 284.

34) Prot. S. 22.

35) So von v. Hahn § 8; v. Kräwel, Kommentar S. 31 u. A.

36) Archiv Bd. 1 S. 171; ebenso Staub § 4.

welche nicht dringend seien; es sei sogar zu bezweifeln, daß dringende Fälle in diesem Gebiete überhaupt vorkommen könnten.

Eine Mittelmeinung dürfte wohl am meisten für sich haben. Wenn die Gerichtslokalitäten geöffnet, wenn der mit der Verwahrung der Register beauftragte Beamte anwesend ist, so wird er sich nicht weigern dürfen, die Einsicht der Register im Bedürfnißfalle zu gestatten, wenn auch nicht gerade gewöhnliche Dienstzeit ist. Hiebei wird eine ängstliche Untersuchung und engherzige Beurtheilung, ob ein Fall dringend sei, unterlassen werden müssen und nur ein offenbar muthwilliges und aus Chikane gestelltes Verlangen wäre zurückzuweisen[37]).

Ist dagegen das Gerichtslokal geschlossen, der betreffende Beamte abwesend, so kann der Partei ein Recht, die Oeffnung des Lokales u. s. w. zu verlangen, nicht eingeräumt werden.

Die bayerische Instruktion vom 30. April 1862 § 43 Abs. 2 und die preußische vom 12. Dezember 1861 Nr. III nennen lediglich die gewöhnlichen Dienststunden.

6) Einem Jeden gestattet.

Das Gesetz geht von der ganz richtigen Ansicht aus, daß ohnehin Niemand kommen wird', um die Handelsregister einzusehen, der kein Interesse daran hat, ihren Inhalt zu kennen. Der Richter hat deshalb kein Recht und keine Verpflichtung, sich zu vergewissern, ob es nicht leere Neugierde ist, welche die Einsicht veranlaßt. Selbst eine Besorgniß möglichen Mißbrauches könnte die Zurückweisung des Einsichtsuchenden nicht rechtfertigen[38]).

Die allgemeine Befugniß, das Register einzusehen, schließt aber nicht zugleich die Beseitigung jeder Controle aus. Vielmehr wird dafür Sorge getragen werden müssen, daß eine Beschädigung der Register und insbesondere der Urkunden nicht stattfinden kann. Selbstverständlich wird der Beamte aber ebenso absolute Sorglosigkeit wie unnöthige Aengstlichkeit zu vermeiden wissen.

7) Von den Eintragungen.

Auch hier werden die Urkunden, welche als Belege des Registers dienen, mitinbegriffen zu erachten sein; auch von diesen kann Abschrift begehrt werden.

Desgleichen erstreckt sich dieses Recht auf den ganzen Inhalt des Registers, und es darf dem Art. 12 Abs. 2 nicht etwa der Sinn unterlegt werden, daß nur ein Kaufmann dies verlangen und daß nur bezüglich des ihn selbst betreffenden Eintrages eine Abschrift genommen werden dürfe.

8) Gegen Erlegung der Kosten.

In den Protokollen S. 22 wurde konstatirt, daß aus diesen Worten nicht mittels des argumentum e contrario darauf geschlossen werden dürfe, als ob die Eintragung von Amtswegen und kostenfrei geschehen müsse.

9) Abschrift.

Das HGB. erwähnt nur einer Abschrift der Eintragungen und demnach ist nach dem Gesetze das Handelsgericht ausdrücklich nur eine solche zu ertheilen ver-

---

37) Vgl. auch Puchelt Anm. 7. Da das Register in Verwahrung des Sekretärs oder Gerichtsschreibers ist, die Führung aber dem Richter obliegt, müßte eigentlich die Entscheidung der Frage der Dringlichkeit stets dem letzteren überlassen werden. Allein die Praxis wird auch hievon Umgang nehmen; wenn überhaupt ein Beamter da ist und es kommt Jemand mit plausiblem Interesse außer der Dienstzeit, so wird man ihm eben die Einsicht kurzer Hand gestatten.

38) Vgl. **ROHG.** Bd. 23 S. 284.

pflichtet und berechtigt. Ob auch ein Zeugniß zu verlangen gestattet sei, ist zweifelhaft, und es fragt sich, ob eine Verpflichtung dazu mit Rücksicht auf die übrige Geschäftsaufgabe der Handelsgerichte und auf die aus der Ausstellung eines Zeugnisses entspringende Haftpflicht dem Richter zugemuthet werden kann, insbesondere, ob darüber, was etwa nicht in das Handelsregister eingetragen ist, oder auch nur wenigstens über die Nichtexistenz eines bestimmten Eintrages förmliche gerichtliche Zeugnisse ausgestellt werden dürfen oder müssen; denn selbst darüber, wie ein wirklicher Eintrag lautet, sind keine handelsgerichtlichen Zeugnisse auszustellen, vielmehr ist für derartige Konstatirungen lediglich die Form der Ertheilung von beglaubigten Auszügen vorgeschrieben[39]). Eine Gefährdung des Publikums kann allerdings durch die Verneinung dieser Verpflichtung nicht herbeigeführt werden; denn wenn es zu dem Zwecke, welchen ein derartiges Zeugniß über die Nichtexistenz erreichen soll, nicht genügt, sich auf die gesammten Veröffentlichungen in den hiefür bestimmten Zeitungen zu beziehen, so kann der Betheiligte das Handelsregister durch einen Notar einsehen und die erforderliche Konstatirung vornehmen lassen.

Allein demohngeachtet wird man sich im Interesse des Publikums für die Bejahung der aufgeführten Frage aussprechen müssen[40]), wie denn auch die Preußische Instruktion vom 12. Dezember 1861 § 15 die Ausdrücke: Abschriften, Atteste, Auszüge als gleichbedeutend annimmt und bestimmt: „in gleicher Form hat das Gericht auf Verlangen ein Attest darüber zu ertheilen, daß eine bestimmte Eintragung in das Handelsregister nicht geschehen, oder daß seit der Ertheilung eines Attestes eine auf dessen Inhalt sich beziehende Thatsache oder Aenderung nicht eingetragen sei".

10) Die auf Verlangen zu beglaubigen ist.

In der Regel werden die Originale der als Belege dienenden Urkunden bei Gericht zu verbleiben haben, und es wird auf Verlangen eine beglaubigte Abschrift zurückzugeben sein. Unter Umständen kann aber dem Betheiligten der Besitz des Originales unumgänglich nöthig sein. In diesem Falle ist die beglaubigte Abschrift bei den Belegen zurückzubehalten. (Bayerische Instruktion vom 30. April 1862.) Die Beglaubigung findet in beiden Fällen nicht von einem Notare, sondern von dem Gerichte selbst statt.

Art. 13.

Die Eintragungen in das Handelsregister sind von dem Handelsgerichte, sofern nicht in diesem Gesetzbuche in einzelnen Fällen ausdrücklich ein Anderes bestimmt ist, nach ihrem ganzen Inhalte durch

---

39) Vgl. Erkenntniß des kgl. HAG. zu Nürnberg: Sammlung Bd. 1 S. 438. (Goldschmidts Zeitschr. Bd. 8 S. 540.) Der Fall war folgender: Kaufmann J. F. zu X. besaß einen Schuldschein des A., welcher aber die Firma J. F. u. Cpie. zu X. als Gläubiger benannte. Um nun darzuthun, daß dies nur ein Schreibverstoß sei, begehrte J. F. ein Zeugniß, daß zu X. eine Firma J. F. und Cpie. gar nicht existire. Vgl. auch Behrend § 39 N. 15.

40) S. auch Busch Archiv Bd. 34 S. 175.

eine oder mehrere Anzeigen in öffentlichen Blättern ohne Verzug bekannt zu machen.

Pr. E. Art. 9. I. E. Art. 9. II. E. Art. 12. Prot. S. 61. 895.

1) Nach ihrem ganzen Inhalte.

Regel ist, daß überall, wo ein Eintrag in das Handelsregister stattfindet, der ganze Inhalt desselben durch das Handelsgericht publizirt werden muß; Ausnahmen sind nur in den vom Gesetze ausdrücklich bestimmten Fällen gestattet, in welchen eine Publikation des Eintrages durch das Handelsgericht überhaupt erlassen oder eine Veröffentlichung im Auszuge angeordnet ist (Prot. S. 61). Der erste Fall tritt ein: nach Art. 151 Abs. 3, Art. 155 Abs. 2, Art. 156 u. Art. 171 Abs. 2, in welchen bestimmt ist, daß Name, Stand und Wohnort des Kommanditisten[1]), sowie der Betrag seiner Vermögenseinlage nicht veröffentlicht werden soll[2]), ferner nach der bayerischen Instruktion, wenn über eine Handelsgesellschaft oder einen Einzelkaufmann der Konkurs eröffnet wird[3]).

Die Veröffentlichung eines Auszuges ist angeordnet:

in Art. 177, 179 Abs. II, 180 f. Abs. II bezüglich des Gesellschaftsvertrags der Kommanditgesellschaft auf Aktien, ferner

in Art. 210c, 212 Abs. III und 214 hinsichtlich des Gesellschaftsvertrages einer Aktiengesellschaft.

In welcher Weise dieser Auszug gefaßt sein muß, ergibt sich aus den Bestimmungen des Gesetzbuches (Art. 177 und 210c).

2) Eine oder mehrere Anzeigen.

Es ist in dem Gesetze nicht ausgesprochen, wie oft eine Veröffentlichung des Eintrages stattzufinden habe; das vernünftige Ermessen des Richters und das Verlangen der Partei hat zu entscheiden, ob eine einmalige Inserirung genüge oder nicht[4]). Hiebei wird als Grundsatz anzunehmen sein, daß der Richter auch gegen den Willen der Partei eine mehrmalige Bekanntmachung anordnen kann, wenn er solches im Interesse des Verkehres für geboten erachtet, dagegen aber eine von ihm nicht für nöthig erachtete Wiederholung, soferne die Partei dieselbe begehrt, nicht verweigern darf.

---

1) Der stille Gesellschafter wird ohnehin in das Handelsregister nicht eingetragen.

2) Die Veröffentlichung der Thatsache des Eintrittes und Austrittes eines Kommanditisten dagegen ist, wie Hahn § 1 richtig bemerkt, stets geboten.

3) § 17 der bayerischen Instruktion vom 30. April 1862 lautet:

„Wird über eine Handelsgesellschaft oder über einen Einzelkaufmann der Konkurs eröffnet, so ist dies in das Handelsregister in der fünften Kolumne einzutragen; es unterbleibt aber die Veröffentlichung der Eintragung.“

Nach dem Preußischen Einführungsgesetze Art. 13 findet die Eintragung von Amtswegen nur beim Konkurse einer Handelsgesellschaft statt, aber die Bekanntmachung der Eintragung in den öffentlichen Blättern unterbleibt ebenfalls. Der Grund dieser Nichtveröffentlichung liegt darin, daß der Konkurs schon durch die Konkursproklamation bekannt gemacht wird.

4) Mit Recht macht Hahn § 3 darauf aufmerksam, daß im Zweifel die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses öfter bekannt zu machen sein wird, als die Konstituirung. Denn auf ein einmal bekannt gemachtes Verhältniß verläßt sich Jedermann so lange, als er nicht von dem Gegentheile Kenntniß erhält.

3) In öffentlichen Blättern.

Bei der zweiten Lesung[5]) wurde beschlossen, zu Protokoll auszusprechen:

Die Partikulargesetzgebungen können auch anordnen, daß die Veröffentlichung der Einträge in das Handelsregister neben der im vorstehenden Artikel angeordneten Art der Publikation immer auch durch Börsenanschlag erfolgen müsse, da eine solche Bestimmung, ohne die Vorschrift des Gesetzes zu alteriren, vielmehr unter Festhaltung derselben nur darauf abziele, die Eintragungen in möglichst weiten Kreisen bekannt werden zu lassen, dieser Zweck aber an Orten, wo Börsen beständen, am sichersten durch Anschlag an der Börse erreicht würde[6]).

4) Ohne Verzug.

Die sofortige Bekanntmachung ist für den Kaufmannsstand vom höchsten Interesse; es ist deshalb der rasche Abdruck genau zu überwachen. (Vgl. Note 7 zu Art. 14.)

5) Bekannt zu machen.

In den Protokollen (S. 64) ist bemerkt, daß die Kosten für diese Bekanntmachungen von denjenigen zu tragen sind, welche die Eintragungen veranlaßt haben.

Ist das erste die Bekanntmachung enthaltende Blatt erschienen, so gilt die Eintragung als veröffentlicht. Die Behauptung der Nichtkenntniß der Veröffentlichung, welche sich stützen kann auf Umstände wie Entfernung von dem Orte, wo das Blatt erscheint, Nichthalten oder Nichtlesen, Mangel der Verbreitung des Blattes u. dgl., kann nur für die Entscheidung der Frage, ob Jemand die bekanntgemachten Thatsachen kannte oder kennen mußte, von Belang sein[7]).

Art. 14.

Jedes Handelsgericht hat für seinen Bezirk alljährlich im Monat Dezember die öffentlichen Blätter zu bestimmen, in welchen im Laufe des nächstfolgenden Jahres die im Art. 13 vorgeschriebenen Bekanntmachungen erfolgen sollen. Der Beschluß ist in einem oder mehreren öffentlichen Blättern bekannt zu machen.

Wenn eines der bestimmten Blätter im Laufe des Jahres zu erscheinen aufhört, so hat das Gericht ein anderes Blatt an dessen Stelle zu bestimmen und öffentlich bekannt zu machen.

In wie fern die Gerichte bei der Wahl der zu bestimmenden Blätter an Weisungen höherer Behörden gebunden sind, ist nach den Landesgesetzen zu beurtheilen.

Pr. E. Art. 10. I. E. Art. 10. II. E. Art. 13. Prot. S. 62, 896, 4509.

1) Der Inhalt des vorstehenden Artikels gibt Vorschriften über die Auswahl und die Bekanntmachung derjenigen Blätter, durch welche die Eintragungen in

---

5) Prot. S. 895.

6) In Frankfurt am Main besteht dieser Usus seit etwa 100 Jahren und hat sich vollkommen bewährt.

7) Vgl. die Einleitung zu diesem Titel, insbes. Note 48; Puchelt Anm. 6 zu Art. 13.

das Handelsregister veröffentlicht werden sollen; derselbe ist dem französischen, den Art. 42 des Code de commerce ergänzenden Gesetze vom 31. März (6. April) 1833 entnommen[1]).

Bei den Berathungen wurde anerkannt, daß in jenen Ländern, in welchen verordnungsgemäß alle Bekanntmachungen Seitens der Gerichte in bestimmte Amtsblätter inserirt werden, die vorstehende Bestimmung eine Aenderung nicht bewirken solle; daß aber, wo die Verkündigung durch die Amtsblätter sich als ungenügend erweisen würde, die vom Gesetze beabsichtigte Publizität zu erreichen, die zweckmäßigste Auswahl derjenigen Blätter, in welchen noch außerdem die Veröffentlichungen stattfinden sollten, durch die mit den Handelsverhältnissen vertrauten Handelsgerichte erwartet werden könne[2]). Damit jedoch nicht etwa von den verschiedenen Handelsgerichten möglicherweise ganz verschiedene Blätter zur Publikation der Einträge gewählt würden, und der Kaufmann bei einem nur einigermaßen ausgebreiteten Geschäftsbetriebe nicht etwa in die Lage komme, eine ganze Reihe von Blättern halten zu müssen, wurde die Zulässigkeit von bindenden Weisungen der höheren Behörden offen gelassen, in dieser Richtung aber den Landesgesetzen die Regelung vorbehalten[3]).

2) Selbstverständlich ist ein Handelsgericht, soferne es einmal ein oder mehrere Blätter als diejenigen bekannt gemacht hat, in welchen die Veröffentlichungen stattfinden sollen, gehalten, im Laufe des Jahres alle Bekanntmachungen in jedes der bezeichneten Blätter einsetzen zu lassen, damit Jedermann, der auch nur eines dieser Blätter liest, sicher sein kann, alle von diesem Handelsgerichte ausgehenden Bekanntmachungen gelesen zu haben[4]).

3) Der Antrag, 'anstatt „Monat Dezember" zu sagen „erste Hälfte des Monates Dezember" ist in den Verhandlungen abgeworfen worden[5]), doch wird es zweckmäßig sein, wenn die Handelsgerichte die Bestimmung der Blätter so rechtzeitig treffen und bekannt machen, daß das Publikum noch vor Anfang Januar davon Kenntniß erhält; nicht nur um sich wegen des Abonnements einrichten zu können, sondern auch damit die bei Beginn des Jahres veröffentlichten Einträge nicht etwa (beim Wechsel des bisherigen Blattes) von den Betheiligten übersehen werden[6]).

---

1) Chaque année dans la première quinzaine de janvier les tribunaux de commerce designeront — un ou plusieurs journaux où devront être insérés dans la quinzaine de leur date les extraits d'actes de société etc.

2) Prot. S. 62.

3) Prot. S. 4510. In vielen deutschen Staaten ist nunmehr durch Verordnung bestimmt, daß die Veröffentlichung auch durch das dem Reichsanzeiger beiliegende Centralhandelsregister f. d. Deutsche Reich erfolgen müsse; vgl. Goldschmidts Zeitschr. Bd. 19 S. 666; Busch Archiv Bd. 30 S. 299 ff. In den Art. 175 und 209 schreibt das HGB. selbst die Bekanntmachung im Deutschen Reichsanzeiger vor.

4) Wenn in dem Art. 14 Abs. 2 als Grund zu einem Wechsel des einmal bestimmten Blattes nur das Aufhören desselben benannt ist, so ergibt sich von selbst, daß aus einem anderen Grunde, z. B. weil das bisher sehr gelesene Blatt etwa in Folge einer Redaktionsveränderung seinen Leserkreis verliert u. s. w., im Laufe des Jahres nicht gewechselt werden kann.

5) Prot. S. 62.

6) Ebendeshalb wird ein solcher Wechsel am zweckmäßigsten in dem Blatte veröffentlicht werden, welches bisher zur Aufnahme der Bekanntmachungen gedient hatte.

4) Der in dem französischen Gesetze enthaltene Termin ist zwar im Handelsgesetzbuche nicht aufgenommen worden; in der Natur der Sache aber liegt es, daß nicht nur die Handelsgerichte die Einträge (wie in Art. 13 vorgeschrieben) ohne Verzug zur Veröffentlichung absenden, sondern auch darüber wachen, daß die Zeitungen die Inserate prompt abdrucken[7]).

5) Durch die Vorschrift des Art. 14 ist nicht ausgeschlossen, daß auf Antrag einer Partei die sie betreffenden Einträge auch in anderen Blättern, als den vom Handelsgerichte bezeichneten (selbstverständlich auf ihre Kosten), zu veröffentlichen sind. Die Kommission hat die Hoffnung ausgesprochen[8]), daß bald allgemeine Blätter für den Handelsstand gegründet werden dürften, und es ist nicht zu verkennen, daß derartige Organe, welche sich speziell mit Handelsinteressen beschäftigen und daher auch vom Handelsstande am meisten gelesen werden, welche auch bereits vielfach bestehen, am tauglichsten sind, die Veröffentlichungen aufzunehmen. Da, wie zum vorigen Artikel erwähnt, die Zahl der Veröffentlichungen dem Ermessen des Richters überlassen ist, so wird nichts entgegenstehen, anstatt z. B. mehrmaligen Abdrucks in den ein für allemal bestimmten Lokalblättern, insbesondere wenn die Partei es wünscht, einen Abdruck in einem solchen Handelsorgane anzuordnen.

---

7) Praktische Bemerkungen von Weinhagen siehe in Busch Archiv Bd. 3 S. 149.
8) Prot. S. 62.

Dritter Titel.

Von den Handelsfirmen.

Brinkmann § 21. Thöl § 53. Endemann Syst. § 18. v. Völderndorff in Endem. Hdb. § 44 ff. Behrend § 40.

§ 1.

Subjekt der Rechte und Verbindlichkeiten ist die Person; die Persönlichkeit ist die subjektive Möglichkeit eines rechtlichen Willens, einer rechtlichen Macht; sie ist die Fähigkeit zu Rechten, die Eigenschaft, wodurch der Mensch Subjekt rechtlicher Beziehungen ist[1]).

Allerdings erscheint es nun als Postulat der allem Rechte zu Grunde liegenden Idee der sittlichen Freiheit, welche dem Menschen innewohnt, daß der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjektes zusammenfalle mit dem Begriffe des Menschen[2]). Allein einestheils erleidet dieser Satz durch das positive Recht verschiedene Modifikationen, von denen die Uebertragung der Rechtsfähigkeit auf eine abgesehen von den einzelnen Menschen selbständig wirkende Genossenschaft von Menschen[3]) oder auf einen der selbständigen Existenz würdigen Zweck die wichtigste ist; anderentheils aber ist auch dann, wenn der einzelne Mensch als solcher als Rechtssubjekt auftritt, die physische Person und die rechtliche Persönlichkeit von einander zu unterscheiden und letztere als eine besondere Funktion der ersteren aufzufassen und zu behandeln.

Diese Funktion im Rechtsleben hat sich nun mit hervorragender Schärfe stets im Gebiete des Handelsverkehres abgehoben; nirgends sind der Mensch und die Person so strenge unterschieden, als im Kaufmannsstande[4]); hier tritt die kauf-

---

1) Puchta, Pandekten § 22.

2) Savigny, System Bd. 2 S. 2.

3) Wenn hier das Wort „Genossenschaft" als der die sittliche Idee des korporativen Elementes im Rechtsleben am besten versinnlichende Ausdruck gebraucht wird, so steht dies mit der jetzt technischen Bedeutung des Wortes durchaus nicht im Widerspruch. Vgl. übrigens Gelpke, die Handelsgesellschaft als juristische Person in dessen Zeitschrift Hft. 2 S. 1 ff.

4) Vgl. die interessante historische Abhandlung von Dietzel in den Jahrbüchern des gemeinen Rechtes (auch als Bekkers und Muthers Jahrbücher citirt) Bd. 4 S. 227 ff.

männische Persönlichkeit vollständig selbstthätig auf, sie hat ein von dem Leben ihres physischen Trägers häufig unabhängiges Leben, sie hat einen von dem Namen ihres physischen Trägers häufig verschiedenen Namen[5]).

Diese kaufmännische Persönlichkeit, die von der physischen Person getrennt gedachte Funktion des Kaufmannes im Verkehrsleben wird bezeichnet als Firma (ragion, raison, ditta)[6]).

---

5) Nicht identisch mit dem „Geschäfte", welches den vermögensrechtlichen Komplex bedeutet, an dessen Inhalte die kaufmännische Persönlichkeit ihre Thätigkeit entfaltet. Vgl. die historischen Untersuchungen über das „Geschäftsvermögen" von Rösler (Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 4 S. 252), Bekker ebenda S. 499, und besonders Endemann § 17.

6) Thöl a. a. O. definirt Firma als den „kaufmännischen Namen"; Endemann a. a. O. erklärt die Firma als den selbständigen Namen des kaufmännischen Geschäftes im Gegensatze zu dem des Inhabers; dem Handelsgesetzbuche und dem sonstigen positiven Rechte gegenüber erscheint jedoch dieses als ein erst noch anzustrebender Fortschritt der rechtlichen Konstruktion. Zur Zeit ist nach Art. 15 die Firma allerdings noch der Name des Inhabers eines kaufmännischen Geschäftes, aber dessen Name nur insoferne und insoweit er Geschäftsinhaber ist (vgl. RG. Bd. 9 S. 104). Es ist ein allgemein gültiger Rechtssatz, daß der Mensch, insoferne er gewisse Rechte aus mehreren verschiedenen Eigenschaften in sich vereinigt, mehrere Personen vorstellt. Andere Beispiele sind: Beamte, Vormünder, Erben. Vgl. Koch zum Allgem. Preuß. Landrecht Thl. I § 1. — Wenn im Texte die Firma als eine von der physischen Person getrennt gedachte Funktion des Kaufmanns im Verkehrsleben bezeichnet ist, so will damit nicht abweichend von der herrschenden Meinung (vgl. Behrend § 40 Ziff. I Note 7; Kohler, Recht des Markenschutzes S. 238; ROHG. Bd. 3 S. 411, Bd. 10 S. 410 rc.) behauptet werden, daß der Firma des Einzelkaufmanns eine von dem Inhaber völlig losgelöste Persönlichkeit im Sinne eines selbständigen Rechtssubjektes zukomme. Eine solche Annahme würde zu unhaltbaren Konsequenzen, insbesondere zu einer nirgends anerkannten gänzlichen Sonderung des Vermögens der beiden Subjekte führen; es kann nicht bezweifelt werden, daß im Gegentheile den Gläubigern eines Einzelkaufmanns stets dessen gesammtes Vermögen als eine ungetrennte Masse haftet (vgl. ROHG. Bd. 11 S. 152). Würde die Firma eine selbständige rechtliche Persönlichkeit darstellen, so müßten nothwendiger Weise mehrere Firmen, unter welchen ein Kaufmann verschiedene Geschäfte betreibt, auch verschiedene Rechtssubjekte bilden; auch davon kann keine Rede sein. Der Kaufmann, welcher als Inhaber der einen Firma Rechtsgeschäfte abgeschlossen hat, kann dieselben, insoweit er unter einer anderen Firma auftritt, nicht als fremde betrachten und kann die Haftung für dieselben mit dem Handlungsfond der anderen Firma nicht ablehnen (ROHG. Bd. 15 S. 176, Bd. 20 S. 35). Auch die Konkurseröffnung ergreift das gesammte Vermögen des Kaufmanns ohne Unterscheidung der unter verschiedenen Firmen betriebenen Geschäfte (RG. in Strafsachen Bd. 5 S. 407). Ferner läßt sich eine Cession einer Forderung, welche ein Kaufmann unter einer gewissen Firma erworben hat, an sich selbst als Inhaber einer anderen Firma nicht denken (Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 34 S. 561). In anderen Beziehungen dagegen tritt die besondere Funktion der Firma deutlich hervor; so gehen z. B. auf den Erwerber eines Geschäftes Aktiva und Passiva jedenfalls nur insoweit über, als die Firma Trägerin der Forderungen bezw. Schuldnerin ist; ein Uebergang der Privat-Forderungen und -Schulden des Firmeninhabers findet auf Grund des Geschäftserwerbes nicht statt. Eine andere Anwendung des im Texte aufgestellten Satzes zeigt sich darin, daß überhaupt ein Kaufmann mehrere Firmen neben einander zu führen berechtigt ist, daß der Vertreter des Prinzipals — Prokurist, Handlungsbevollmächtigter — nur für die Firma, für welche er bestellt ist, und für deren Geschäftskreis handeln kann, daß sogar die verschiedenen Firmen in das Verhältniß eines Assignanten zum Assignatar treten können (vgl. das zu Art. 43 Bemerkte; ROHG. Bd. 20 S. 35).

§ 2.

Ursprünglich bediente sich, wie der Adelige eines Wappens, so der Kaufmann eines bestimmten Zeichens. Dieses Zeichen mit der sogenannten Hausmarke zusammenfließend, wird mit dem Namen verglichen[7]); es werden die Waaren damit bezeichnet, es dient dasselbe als Beurkundung von Geschäften anstatt des Namens[8]). Eine weiter greifende Bedeutung erhielt das kaufmännische Zeichen in dem Gesellschaftswesen. Der römische Begriff der societas, welcher der Vereinigung Mehrerer eine eigene von den Personen der Gesellschaften abgelöste Existenz nicht gewährte, ward im Verkehrsleben niemals streng festgehalten[9]); man fühlte stets, daß bei einem Zusammenarbeiten von Einzelnen, wenn es gedeihlich werden soll, neben dem Einzelinteresse ein Gesammtinteresse, neben den Sonderzwecken ein Gesammtzweck bestehen müsse, und daß durch ein solches Zusammenarbeiten von selbst eine über den Einzelnen stehende Gemeinsamkeit des Handelns sich erzeuge.

Aehnlich dem sogenannten Allianzwappen vereinigten daher die Compagnons ihre kaufmännischen Zeichen und diese zu einem vereinigten Zeichen bildeten die Marke der Gesellschaft als solcher; von dem signum sociorum galt der Satz: signo repraesentatur corpus totius societatis [10]).

Hiemit ist aber schon die Idee der Firma als einer Bezeichnung der von den physischen Personen getrennt gedachten kaufmännischen Persönlichkeit gegeben, und von hier aus hat sich denn auch das Wesen der Firma nach und nach entwickelt. Längere Zeit nahm man an, daß nur Gesellschaften eine Firma haben könnten, später wenigstens, daß nur Gesellschaften eine Firma haben müßten[11]); und als sich dann allmählich die Rechtsansicht dahin ausgebildet hatte, daß die Firma „ein" Handelsname, eine Art nom de guerre, sei, mußte man konsequent darauf bestehen, daß als Firma nur ein von dem bürgerlichen Namen des Geschäftsinhabers unterschiedener Name anzusehen sei [12]).

Dagegen brach sich endlich die Anschauung, welche im Handelsstande schon längst bestanden, auch in der Gesetzgebung Bahn[13]), daß die Firma der Handelsname, der Name des Kaufmannes als Kaufmann es ist, und daß daher auch der volle bürgerliche Name dann als die Firma erscheint, wenn der Träger des Namens sein Geschäft unter diesem und keinem anderen ausübt, so daß die Firma nunmehr definirt werden kann als der Name, unter welchem der Kaufmann seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt (Art. 15).

---

7) Schon von Bartolus, siehe Dietzel a. a. O. 240.

8) Dietzel a. a. O. S. 246.

9) Vgl. z. B. Gelpke a. a. O. S. 6 „in der Handelswelt ist man über die Bejahung der Frage (ob die Handelsgesellschaft eine moralische Person sei) einverstanden".

10) Dietzel a. a. O. S. 259.

11) Daher der Satz: der Einzelkaufmann handelt entweder unter seinem bürgerlichen Namen oder unter einer Firma; vgl. Brinkmann S. 54.

12) „Johann Andreas Mayer" galt nicht als Firma des so heißenden Kaufmannes, wohl aber „J. A. Mayer", oder „Andreas Mayer", vergl. Brinkmann a. a. O.

13) Z. B. die Hamburgische Verordnung vom 28. Dezember 1838, in welcher sich auch die im Preußischen Entwurfe noch festgehaltene Vorschrift findet, daß, wenn der volle bürgerliche Name als Firma gebraucht werde, eine Anmeldung und Kundmachung nicht nöthig sei.

§ 3.

An sich müßte es freigestellt sein, welche Art von Bezeichnung als Firma gewählt werden will. Wenn aber im Auge behalten wird, daß die Firma immerhin der Name einer Person, nicht der Name einer Sache ist, so begreift sich, daß die Sachfirma keine entsprechende sein kann. Die Sachfirma, das heißt die Firma, welche nicht den Geschäftsinhaber, sondern einen beliebigen mit der Persönlichkeit des Firmaträgers nicht in Bezug stehenden Gegenstand bezeichnet, ist daher im Handelsgesetzbuche nicht zugelassen. Als Gegensatz hievon erscheint die Namensfirma, richtiger Personenfirma, welche nicht eine todte Sachenbezeichnung, sondern die Bezeichnung einer kaufmännischen Persönlichkeit ist[14]).

Hieraus erklären sich die Bestimmungen der Art. 16, 17 und 18, indem, falls der Geschäftsinhaber eine physische Person oder eine Genossenschaft mehrerer physischer Personen ist, naturgemäß der Name dieser Personen oder die Bezeichnung dieser Genossenschaft als Name der kaufmännischen Persönlichkeit auftritt, während bei der Aktienunternehmung, bei welcher eben die Unternehmung, das kaufmännische Geschäft als solches im Gegensatze zu den physischen Personen der Aktionäre als das im Verkehre Handelnde auftritt, der Name des Unternehmens selbst die Firma abzugeben hat[15]).

§ 4.

Wenn auch die Firma eines Einzelkaufmanns nicht ein besonderes Rechtssubjekt neben der Person des Inhabers darstellt (s. Note 6), so ist doch bei Gesellschaften nur sie Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten. Die Aktiengesellschaft „Nürnberger Kammgarnspinnerei“ kann nur unter diesem Namen kaufen und verkaufen, unter anderem Namen, z. B. unter dem Namen ihrer Aktionäre, kann sie überhaupt keine Rechte und Verpflichtungen eingehen. Es folgt hieraus, daß bei Gesellschaften die Firma derjenige Name ist, welcher als Rechtssubjekt in die öffentlichen Bücher eingetragen werden muß, wie dies auch im Bayerischen Einf.-Ges. Art. 41 ausdrücklich verordnet ist, während dem Eintrage der Einzelfirmen als Eigenthümer oder Gläubiger, Cessionare u. dgl. die positiven Bestimmungen der Hypothekenordnungen[16]) meistens entgegen stehen[17]).

Im Wechselverkehr tritt die besondere Funktion der Firma (s. o. § 1) auch bei Einzelkaufleuten deutlich hervor; WO. Art. 4 Nr. 3, 5 und 7, dann Art. 96 Nr. 3 und 5 stellen die Firma dem Personennamen gleich und Art. 88 bestimmt, daß der Protest für und gegen eine Firma erhoben werden könne[18]).

---

14) Wenn man die Unterscheidung darin finden will, ob die Firma der Name einer physischen Person oder nicht sei, so verwechselt sich leicht die Sachfirma, die ja auch nom d'établissement genannt wird, mit dem Etablissementszeichen, was dann zu rechtlichen Ungenauigkeiten führt. An und für sich kommt auf diese Nomenclatur praktisch wenig an. Vgl. übrigens Goldschmidt in der Heidelberger Zeitschrift Bd. 4 S. 122, dann § 5 und die Erläuterungen zu Art. 18.

15) Manche Rechtslehrer nehmen auch eine gemischte Firma als dritte Kategorie an, welche übrigens jedenfalls im Handelsgesetzbuche keinen Platz gefunden hat.

16) Z. B. in Bayern § 22 u. 145 des Hyp.-Ges.

17) Vgl. Lutz, Kommentar zum bayer. Einf.-Ges. S. 121.

18) Da eine Firma als solche mündlich sich nicht verständlich machen kann,

Eine sehr bestrittene Frage ist es dagegen, ob eine Firma klagen und verklagt werden könne. Faßt man die Firma richtig auf als den Namen der kaufmännischen Persönlichkeit, so kommt man zu dem Resultate, daß ein Kaufmann aus seinen im Betriebe seines Geschäftes vorgekommenen Rechtsakten unter seiner Firma klagen und verklagt werden kann[19]).

Man wendet ein, die Firma sei nur der Name, unter welchem der Kaufmann im Handel auftrete, dieselbe sei kein Rechtssubjekt, welches selbstthätig im Rechte auftreten, Testamente machen, Vormund sein könne[20]). Dies ist vollkommen richtig; allein die Firma ist der Name, die Bezeichnung der kaufmännischen Persönlichkeit; soweit diese nicht in Frage kommt, ist der Gebrauch der Firma ausgeschlossen; bei Testamenten und Vormundschaften hat der Mensch in anderer Eigenschaft zu handeln, Korporationen, milde Stiftungen u. s. w. machen auch kein Testament und übernehmen auch keine Vormundschaft. Die prozessuale Auseinandersetzung über kaufmännische Rechte und Verbindlichkeiten ist aber ein kaufmännischer Rechtsakt, er fällt in das Gebiet des Gewerbsbetriebes, wie das HGB. durch Art. 42 und 117 deutlich anerkennt.

Es scheint überhaupt die Kontroverse in einer Verwechslung der Fragen zu liegen, wer klagen und beklagt werden könne, dann, wer die Prozeßvollmacht auszustellen habe, und wem die Insinuationen und Ladungen zu behändigen seien. Daß bei den letzteren Akten die physische Persönlichkeit in den Vordergrund treten und daß eine als Inhaberin der Firma auftretende Person sich als solche persönlich legitimiren muß, ist natürlich[21]), allein dies ist ohne Bezug auf die Frage, wer prozessualisch aktiv und passiv zum Prozesse legitimirt ist.

Es ist daher z. B. vollkommen zulässig, eine Klage zu rubriziren: Klage des Handlungshauses Gebrüder Moro u. Epie, gegen die Drahtfabrik Anselm Söhne, wenn auch Inhaber der ersten Firma Hr. Benno Bauer und Besitzer der Fabrik Hr. Carl Anselm ist. Dagegen kann natürlich der Notar keine Vollmachtsurkunde dahin aufnehmen: „Erscheint heute vor mir das Handlungshaus Gebrüder Moro und Epie;" noch auch kann der Gerichtsvollzieher anzeigen: „zugestellt der Drahtfabrik Anselm Söhne." In beiden Fällen muß eine physische Person genannt sein; wenn aber unbestritten bleibt, daß jedenfalls eine Gesellschaft

---

wird die Erklärung (Art. 88 Nr. 3 der a. d. W. O.) allerdings von einem physischen Menschen gegeben werden müssen, und dieser daher, nicht die Firma, im Proteste als redend aufzuführen sein. Darüber, daß im Wechselverkehr eine genaue Festhaltung an der angemeldeten Firma unerläßlich ist, s. Note 14 zu Art. 15.

19) Die Praxis hält ziemlich allgemein hieran fest. Vgl. Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 6 S. 586, Bd. 11 S. 125, 546; Busch Archiv Bd. 1 S. 492, Bd. 9 S. 113, Bd. 11 S. 327, Bd. 12 S. 32, Bd. 23 S. 220, Bd. 30 S. 203; **ROHG.** Bd. 3 S. 409 ff., Bd. 10 S. 411, Bd. 14 S. 307, Bd. 23 S. 101; gleicher Ansicht auch v. Völderndorff in Endemann Hdb. Bd. 1 S. 206; v. Hahn § 3 zu Art. 15; Behrend § 40 Anm. 67; Puchelt Anm. 6 zu Art. 15 (s. aber auch die Bemerkungen des Herausgebers Förtsch in der 4. Auflage); Gareis-Fuchsberger S. 50. A. M. Busch Archiv Bd. 1 S. 194, 225, 389, Bd. 2 S. 153, Bd. 12 S. 30; ferner Staub § 4 zu Art. 15, welcher sich in längerer Ausführung gegen die auch von ihm als bestehend anerkannte Gerichtspraxis wendet.

20) Busch im Archiv Bd. 1 S. 198 ff.

21) S. die Ausführungen in dem Erk. d. HAG. Nürnberg in Busch Archiv Bd. 5 S. 313.

unter ihrer Firma klagen und verklagt werden kann und doch unzweifelhaft nach Art. 117 auch hier physische Personen handelnd auftreten müssen und die Legitimation zur Vertretung der Gesellschaft Seitens des handelnden Gesellschafters geprüft werden muß, so kann aus der Nothwendigkeit eines solchen Auftretens bei Einzelfirmen kein Schluß gegen die Ansicht gezogen werden, daß auch die Einzelfirma klagen und verklagt werden könne[22]).

Gleichgültig für die Entscheidung unserer Frage ist die Thatsache der Eintragung der Firma in das Handelsregister; auch eine nicht eingetragene Firma kann klagen und verklagt werden[23]).

Kläger oder Beklagter ist immer der dermalige Inhaber der Firma; erst wenn der Gegner die Aktiv- oder Passivlegitimation nicht anerkennt, wenn er also bestreitet, daß der jetzige Firmeninhaber identisch mit dem früheren und aus dessen Geschäften berechtigt oder verpflichtet ist, bedarf es einer näheren Darlegung des Verhältnisses durch den Kläger[24]).

---

22) Durch das im Texte Ausgeführte dürften sich auch die von Staub a. a. O. erhobenen Bedenken erledigen. Auch ein Eid ist selbstverständlich einer physischen Person und zwar der eigentlichen Prozeßpartei aufzuerlegen. Daß diese einen von der Firma abweichenden bürgerlichen Namen führt, kann zu ernstlichen Schwierigkeiten keinen Anlaß geben. Auch die Firma einer offenen Handelsgesellschaft kann aus ganz anderen Namen, als denen der Gesellschafter, bestehen. Die Gebrüder Moro können von den Herren Benno Bauer und Karl Anselm das von Diesen unter der Firma B. Bauer und K. Anselm betriebene Geschäft sammt der Firma erworben haben und dasselbe unter dieser Firma weiter führen (vgl. Art. 22). Wenn diese Handelsgesellschaft klagt oder verklagt wird, tritt sie einzig und allein unter ihrer Firma auf; dies ist nicht bestritten. Dennoch werden Eide nicht von den Herren Benno Bauer und Karl Anselm, sondern nur von den Herren Moro zu leisten sein. Dieses Beispiel zeigt ferner, daß auch bei Handelsgesellschaften unter derselben Firma heute Diese und morgen Andere ein Handelsgewerbe betreiben können; die von Staub befürchteten, angeblich an den Wechsel der Firmeninhaber geknüpften Ungelegenheiten können also auch hier eintreten. Wenn endlich der Prokurist, der auf Grund Art. 42 zu allen gerichtlichen Rechtshandlungen, also auch zur Prozeßführung ermächtigt ist, eine Prozeßvollmacht ertheilt, unterzeichnet er sie ordnungsmäßig mit der Firma (Art. 44). Eine solche Vollmacht legitimirt zweifellos zur Klagestellung; der bevollmächtigte Anwalt wird aber auf Grund derselben in der Klageschrift nur die Firma als Kläger aufführen können, nicht deren physischen Inhaber; es ist nun sehr wohl möglich und gewiß unbedenklich, daß im Laufe des Prozesses der Firmeninhaber wechselt. Zur Begründung der hier vertretenen Ansicht läßt sich übrigens auch noch Art. 47 verwerthen; indem nämlich von den einem Handlungsbevollmächtigten an und für sich zustehenden Geschäften die Prozeßführung ausdrücklich ausgenommen ist, gibt das Gesetz wiederum (wie in Art. 42) zu erkennen, daß es unter den Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes gewöhnlich mit sich bringt, auch die Prozeßführung verstanden wissen will; sein Handelsgewerbe betreibt aber der Kaufmann unter seiner Firma.

23) **ROHG.** Bd. 3 S. 409; bayer. Samml. Bd. 1 S. 345, wo auch ausgesprochen ist, daß es darauf, ob die Firma mit Recht geführt wird, nicht ankommt.

24) **ROHG.** Bd. 23 S. 101. Hiemit steht **RG.** Bd. 6 S. 98 nicht im Widerspruch; denn es handelt sich dort um einen Fall, in welchem, trotzdem der Beklagte einwendete, der Inhaber der Firma sei inzwischen gestorben, der Kläger die Passivlegitimation nicht weiter begründete.

§ 5.

Von der Firma unterschieden ist das Waarenzeichen, das Fabrikzeichen (die sogenannte Etiquette), und der Etablissementsname. Während die erstere die Bezeichnung der kaufmännischen Persönlichkeit des Geschäftsinhabers bildet, dient das Waaren- und Fabrikzeichen nur zur Bezeichnung des Eigenthums oder der Herkunft einer Waare.

Das Fabrik- und Waarenzeichen, die Etiquette kann aus der vollen Firma, aus den Anfangsbuchstaben oder sonst willkürlichen Zeichen bestehen[25]). An sich ist es freigestellt, welcher dieser Bezeichnungen sich ein Kaufmann bedienen will, doch ist es selbstverständlich nicht erlaubt, daß er den Namen oder die Firma eines Anderen hiezu benütze[26]). In wie weit, abgesehen hievon[27]), ein willkürlich gewähltes Zeichen die Berechtigung mit sich bringt, den Gebrauch des einmal gewählten Zeichens Anderen zu verbieten, entscheidet z. B. das Gesetz vom 30. November 1874 über den Markenschutz; dieses enthält überdies Bestimmungen zum Schutze gegen unbefugten Gebrauch von Firmen und Namen[28]).

§ 6.

Jedes Geschäft hat in der Regel ein Etablissement (siehe Art. 19), das sich zu ihm verhält, wie Inneres und Aeußeres[29]). Wie nun das Geschäft in der Firma eine Bezeichnung hat, so kann auch dem Etablissement ein besonderer Name gegeben werden. Es ist darin die Sitte verschieden[30]); allgemein üblich ist

25) Es finden sich noch verschiedene sehr interessante, aus alter Zeit stammende Waarenzeichen vor. So gehen z. B. eine gewisse Art in Nürnberg verfertigter Kämme für Italien und den Orient nur mit dem Zeichen: Carlo Schwartzò und zwei gekreuzten Schlüsseln; das Zeichen des sogenannten Dreikönigstabaks, die Etiquette „Quaak vnd Soon“, die Fabrikzeichen auf den Solinger Tischmessern sind bekannt.

26) Obwohl hierauf Art. 27 keine Anwendung findet; vgl. die Erläuterungen zu diesem Artikel.

27) Es sind die Fragen auseinander zu halten, ob Jemand dadurch, daß er z. B. seine Bleistifte mit einer fünfzackigen Krone stempelt, das Recht erlangt, jedem Anderen zu verbieten, sein Fabrikat mit derselben Krone zu stempeln, und ob einem Bleistiftfabrikanten Mayer verboten ist, seinen Bleistiften den Namen „Faber“ einzuprägen. Die erste Frage kann möglicherweise verneint, die zweite muß jedenfalls bejaht werden.

28) S. hiezu die Kommentare von Stockheim 1875, Landgraf 1875, Meves in Bezolds Gesetzgebung d. D. Reiches Thl. III Bd. 1 Heft 2, 1875; Davidsohn, Reichsgesetze zum Schutze des gewerbl. geist. Eigenthums, 1891; ferner v. Völderndorff in Endemann's Hdb., Bd. 1 S. 208; Kohler, Recht des Markenschutzes, 1884. Ein neues Gesetz zum Schutz der Waarenbezeichnungen ist unter'm 12. Mai 1894 ergangen (RGBl. S. 441). Dasselbe tritt mit dem 1. Oktober 1894 in Kraft. Auf die bisher eingetragenen Zeichen findet bis 1. Oktober 1898 das alte Gesetz Anwendung. Der Schutz eines willkürlich gewählten Zeichens ist durch die Eintragung (bisher zum Handelsregister, künftig zur Zeichenrolle des Patentamts) bedingt. Bisher waren nur firmenberechtigte Personen des Markenrechtes fähig; künftig soll jeder Gewerbetreibende das Zeichenrecht genießen können. Dieses Recht ist mit einem civil- und strafrechtlichen Schutze ausgestattet.

29) Vgl. v. Völderndorff in Endemann's Hdb. Bd. 1 S. 182.

30) In Wien, in Paris und vielfach anderwärts haben fast alle offenen Geschäfte Etablissementsnamen; solche tauchen nunmehr übrigens auch in München mehr und mehr auf.

der Etablissementsname nur bei gewissen Geschäften, namentlich den Apotheken, den Wirthschaften und dergleichen.

Wenn diese Namen an dem Hause haften, in welchem das Etablissement sich befindet, und daher das Etablissement nur deshalb so heißt, weil es sich in diesem Hause befindet, so ist natürlich kein eigentlicher Etablissementsname vorhanden, weil die Bezeichnung nicht dem Geschäfte eigenthümlich ist. Dagegen nähert sich der eigentliche Etablissementsname allerdings der Firma, unterscheidet sich jedoch von derselben wesentlich dadurch, daß er nicht die Bezeichnung des Geschäftsinhabers, sondern der äußeren Geschäftsthätigkeit und der hiezu nöthigen Einrichtungen ist. Daraus ergibt sich nun der praktische Satz, daß die Bestimmungen über Firmen, insbesondere die Art. 16 Abs. 2, Art. 19, 20 und 23 auf die Etablissementsnamen keine Anwendung finden[31]), was besonders hinsichtlich der in Art. 10 genannten Kategorien von Kaufleuten von Bedeutung wird. (Vgl. oben S. 63).

Es kann deshalb der Satz, daß die Firma ohne das Geschäft nicht übertragen werden könne, z. B. auf Wirthschaftsschilder, nicht angewendet werden[32]); der Apotheker, welcher sich unter der Bezeichnung zum blauen Engel etablirt, kann von dem bisher schon eine Apotheke „zum blauen Engel" am Orte führenden Apotheker wegen Firmenmißbrauch nicht belangt werden[33]).

Art. 15.

Die Firma eines Kaufmannes ist der Name, unter welchem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt.

Pr. E. Art. 19. I. E. Art. 17. II. E. Art. 14. Prot. S. 34, 911.

---

31) Dabei ist aber vorausgesetzt, daß die Etablissementsbezeichnung nicht einen Theil der Firma bildet und mit dieser den Schutz genießt; vgl. Gareis-Fuchsberger S. 47 Note 9 und das dort erwähnte Beispiel; vgl. auch unten Anmerkung Nr. 5 zu Art. 16.

32) Eine auf diesen Satz gestützte Entscheidung siehe Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen Bd. 2 S. 120. Desgleichen eine sehr interessante Anwendung in dem Erkenntnisse des Lübecker OAG. vom 29. März 1859 (Goldschmidt Bd. 6 S. 587), wobei übrigens als Entscheidungsgrund nicht der Umstand anzusehen ist, daß die Bezeichnung „Rheinische Früchtenhandlung" Sachfirma sei, sondern daß sie überhaupt keine Firma, sondern Etablissementsname war, wie sich sofort ergibt, wenn supponirt würde, es hätte zum Betriebe eines ausgedehnten Fruchthandels eine Aktiengesellschaft unter der Firma „Rheinische Früchtenhandlung" bestanden. Mit dem Geschäfte geht im Zweifel auch der Etablissementsname — das Ladenschild — über; Kohler, Recht des Markenschutzes, S. 230.

33) Eine andere Frage ist, ob Jemand, der ein Schild zur Bezeichnung seines Etablissements führt, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen in dem ausschließlichen Rechte, an Ort und Stelle dieses Schild zu führen, der Art geschützt ist, daß er jedem Anderen in rechtswirksamer Weise verbieten kann, das nämliche Schild für sein im Wesentlichen gleichartiges Etablissement anzunehmen und hiedurch die Kundschaft an sich zu locken. Kohler (a. a. O. S. 92 ff.) bejaht diese Frage vom Standpunkte des Individualrechtes aus und es wird ihm beizustimmen sein. Vgl. ebendort S. 179 Note 1 und S. 288.

1) Der Artikel 15 enthält ein Doppeltes; er gibt vorerst eine Definition des Ausdruckes Firma, dahin gehend, daß „die Firma der Handelsname des Kaufmannes“ sei[1]); dann aber durch die Definition den wichtigen Grundsatz, daß ein Kaufmann seine Handelsgeschäfte nicht unter dem eigenen Namen betreibe und als Unterschrift im Handelsverkehre nicht seinen eigenen Namen abgebe, sondern daß er unter seiner Firma handle und unterschreibe[2]). Wenn daher auch der bürgerliche Name des Inhabers der Firma mit der Firma zusammenfällt, so handelt im Geschäftsbetriebe doch nicht der diesen Namen führende Bürger als solcher, sondern derselbe als Inhaber der Firma[3]).

Dem Systeme des Handelsgesetzbuches zufolge hat also jeder Kaufmann eine Firma[4]); die frühere Ansicht, welche den Begriff der Firma in dem Gebrauche eines von dem bürgerlichen Namen verschiedenen Geschäftsnamens suchte, ist damit verlassen[5]). Das Gesetzbuch macht auch keinerlei Unterschied in Bezug auf Behandlungsweise und rechtliche Wirkungen der Firma, je nachdem sie mit dem bürgerlichen Namen des Kaufmannes übereinstimmt oder nicht, im Gegentheile, sie setzt den ersteren Fall als Regel fest (Art. 16). Was demnach in dem Handelsgesetzbuche hinsichtlich der Firmen verfügt ist oder auch in späteren Gesetzen über Firmen verfügt werden wird[6]), gilt ebenso für den bürgerlichen Namen des Kaufmannes, wenn er unter diesem sein Geschäft betreibt, weil eben dann dieser Name die Firma ist.

2) Unter dem Ausdrucke „Kaufmann“ ist im Hinblicke auf Art. 10 nur der sogenannte Vollkaufmann zu verstehen; Höker, Trödler, Hausirer, Wirthe u. s. w. haben keine Firma im Sinne des Gesetzes. Daß auch die Handelsfrau unter die Vorschrift des Artikels fällt, versteht sich von selbst. Desgleichen begreift der Ausdruck „Kaufmann“ in Folge des Art. 5 auch die sämmtlichen Handelsgesellschaften in sich[7]).

3) Der Kaufmann soll im Handel seine Geschäfte unter der Firma betreiben. Es ist ebenso gegen das Gesetz als gegen die Sitte, wenn der Inhaber einer von seinem bürgerlichen Namen verschiedenen Firma Handelsgeschäfte unter dem

---

1) Nicht der Name des Geschäfts, vgl. RG. Bd. 9 S. 104.

2) Dieses Abgeben der Unterschrift heißt im gewöhnlichen Leben „Firmiren“. Häufig faßt man nämlich die Funktion der Firma lediglich in der Richtung des „Unterzeichnens“ auf, allein dieses bildet nur einen Theil der Thätigkeit eines Geschäftstreibenden unter der Firma. Vgl. Motive zum Pr. E. S. 15.

3) Vgl. Wächter, Handelsrecht S. 37.

4) Durch die Eintragung ins Handelsregister — Art. 19 — ist das Firmenrecht nicht bedingt; es besteht schon vor der Eintragung und geht an und für sich durch die Löschung der Firma im HR. nicht unter, ROHG. Bd. 10 S. 292, RG. Bd. 14 S. 19. Wird daher unter einer Firma ein Handelsgeschäft thatsächlich geführt, so haftet der Firmenträger auch aus den abgeschlossenen Geschäften, ROHG. Bd. 17 S. 239.

5) Vgl. die oben S. 110 Note 13 angeführte Hamburgische Verordnung vom 28. Dezember 1838.

6) Hahn, Kommentar § 1.

7) Die früher ventilirte Streitfrage, ob die Firma nur der Handelsname bestimmter Personen sein könne, ob die Aktiengesellschaften eine Firma haben können (vgl. Brinkmann, Handelsrecht § 21 Note 2), ist damit erledigt.

ersteren abschließen würde; es könnte gegen denselben auf Grund des Art. 26 eingeschritten werden[8]).

Eine nothwendige Konsequenz aus dem obigen Satze ist aber der Satz, daß, wenn ein Geschäft unter der Firma abgeschlossen ist, die Vermuthung dafür spricht, daß es den Firmaträger angehe, und wenn es nicht unter derselben abgeschlossen ist, die Vermuthung dagegen spricht, daß es den Firmaträger berühre. Dies wird von Wichtigkeit für die Fälle der Art. 52, 114 Abs. 2 u. s. w., in welchen zur Bemessung der Verpflichtung[9]) des Prinzipals und der Gesellschaft von entscheidendem Gewichte sein wird, ob das Geschäft auf die Firma geschlossen wurde oder nicht[10]).

Ebenso erzeugt der Gebrauch der Firma als des Handelsnamens die Vermuthung eines Handelsgeschäftes[11]).

4) Das wichtigste und häufigste Handeln im kaufmännischen Geschäftsbetriebe, jedenfalls dasjenige, bei welchem sich das Handeln der physischen Person am deutlichsten von demjenigen der kaufmännischen abhebt, ist der schriftliche Verkehr. Daher wird nicht selten der Gebrauch der Firma überhaupt in die Abgabe der Unterschrift gelegt. Wenn nun auch dieses nicht richtig erscheint[12]), so ist doch der Gebrauch der Firma bei Unterzeichnung von Urkunden (Wechseln, Briefen, Schlußnoten, Fakturen, Contokorrentauszügen u. s. w.) der häufigste, und es wird daher nicht ermangelt, bei Annahme der Firma die Unterschrift stets in weiteren Kreisen bekannt zu machen.

Folge der Bestimmung des Art. 15 ist es daher, daß Urkunden, welche mit dem Namen der Firma unterzeichnet sind[13]), als mit dem Namen des Geschäftsinhabers unterzeichnet gelten müssen, daß die Erklärung über Aechtheit oder Unächtheit der Unterschrift und zwar eidliche Erklärung darüber ebenso wie über jede Namensunterschrift verlangt werden kann. Hiebei ist kein Unterschied zu machen, ob sich die Urkunde auf Handelsgeschäfte bezieht oder nicht; ist die Unterschrift von dem Inhaber der Firma oder dessen Stellvertreter herrührend, so ist eben die Urkunde von dem Kaufmanne in Frage unterschrieben; er kann sie für sich geltend machen und muß sie gegen sich gelten lassen[14]).

---

8) Die abgeschlossenen Handelsgeschäfte sind aber deshalb nicht ungültig; vgl. **ROHG.** Bd. 9 S. 215.

9) Hinsichtlich der Berechtigung ist ohnehin dem Prinzipal und der Gesellschaft gestattet, wenn sie wollen, in die Geschäfte einzutreten.

10) Daß unter Umständen der Handlungsbevollmächtigte, auch wenn er auf den bürgerlichen Namen des Firmaträgers gehandelt hat, diesen verpflichten kann, ist dadurch nicht ausgeschlossen.

11) Puchelt Anm. 5.

12) Ein Gebrauch der Firma liegt vor, wenn ein Kaufmann als solcher unter dieser Firma dem Publikum gegenübertritt und durch ihre Aufschrift auf dem Ladenschilde, durch ihre Aufnahme in Geschäftsanzeigen oder sonst sich ihrer bei seinem Geschäftsbetriebe bedient. Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 37 S. 527. Vgl. auch Art. 27.

13) Bei Unterzeichnung einer Urkunde mit der Firma bedarf es zur Gültigkeit der Zeichnung der Beifügung des Namens des Zeichnenden nicht (**ROHG.** Bd. 10 S. 410), auch wenn Dieser ein Vertreter des Kaufmannes ist, so daß er nach Art. 44 und 48 ordnungsmäßig seinen Namen beisetzen sollte. (**ROHG.** Bd. 5 S. 266; bayer. Samml. Bd. 2 S. 326.)

14) Dabei ist zunächst allerdings vorausgesetzt, daß die einmal angenommene

Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß die Urkunde über den Kauf eines Hauses, welches Anton Abater, Inhaber der Firma Gebrüder Bauer, mit Gebrüder Bauer unterzeichnet hat, vollbeweisend ist, sobald die Aechtheit der Unterschrift feststeht, obwohl das Geschäft des Hauskaufes kein Handelsgeschäft ist[15]).

Eine andere Frage ist es, ob die Unterschrift der Urkunde den formellen Erfordernissen, welche das Gesetz in gewissen Fällen aufgestellt hat[16]), entspricht; ob der Akt der Unterzeichnung für sich oder die Unterzeichnung in einer bestimmten Weise gefordert wird. Hienach ist zu entscheiden, ob die Unterschrift eines Testamentszeugen mit der Firma u. dgl. wirksam sei[17]).

5) Wie schon früher angedeutet wurde (s. die Einleitung zu diesem Titel Note 6) kann ein Kaufmann mehrere Geschäfte getrennt unter verschiedenen Firmen führen, gleichgültig ob diese Geschäfte an einem und demselben Orte oder an verschiedenen Orten sich befinden. Es ist dies aber nur unter der Voraussetzung möglich, daß der Kaufmann das eine oder das andere Geschäft sammt der Firma übernommen hat (Art. 22). Unzulässig dagegen ist die Führung verschiedener Firmen für ein und dasselbe Geschäft; selbst dann, wenn der Kaufmann zu seinem Geschäfte ein anderes mit der Firma erwirbt, das letztere aber nicht selbständig fortbestehen läßt, sondern mit dem ersten vereinigt, darf er die neue Firma nicht neben der alten fortführen; er hat aber dann zwischen beiden Firmen die Wahl[18]).

Firma auch genau in der angenommenen Form gebraucht wird; vgl. Puchelt Anm. 6 zu Art. 16; ROHG. Bd. 4 S. 259; RG. Bd. 20 S. 72. Ist aber trotz der Abweichung — z. B. der Abkürzung einer aus Vor- und Zunamen bestehenden Firma — die Herkunft der Urkunde nicht zweifelhaft, so wird auch die Rechtswirksamkeit der so vorgenommenen Zeichnung nicht in Frage gestellt; ROHG. Bd. 16 S. 207. Die formale Natur der Wechselobligation bringt allerdings ein strengeres Festhalten an der Nothwendigkeit der absoluten Uebereinstimmung der angemeldeten und der auf dem Wechsel gezeichneten Firma mit sich; so wird z. B. durch ein Accept, welches nicht durch Zeichnung der vollen Firma (mit allen ihren wesentlichen Bestandtheilen) gegeben ist, eine Handelsgesellschaft nicht wechselmäßig verpflichtet (ROHG. Bd. 12 S. 173; vgl. auch Bd. 14 S. 203, Bd. 9 S. 328). Wenn jedoch das Accept richtig gezeichnet ist und nur die Adresse (WO. Art. 4 Nr. 7) die Firma nicht vollständig wiedergibt, steht der Wirksamkeit des Acceptes, soferne nur die Identität des Trassaten und des Acceptanten nicht zweifelhaft ist, Nichts im Wege (ROHG. Bd. 14 S. 173, bayer. Samml. Bd. 2 S. 326).

15) Anders verhält es sich freilich mit dem Eintrage in öffentlichen Büchern, vgl. die Einleitung zu diesem Titel § 4.

16) Wenn die gesetzliche Vorschrift „Taufnamen und Familiennamen" des Unterschreibenden begehrt, ist freilich die Unterzeichnung mit „Gebrüder Bauer", eben so ungenügend, als jene mit „Anton" allein, oder „Abater" allein.

17) Vgl. v. Hahn, Kommentar § 3 zu Art. 15.

18) Vgl. v. Hahn § 2 zu Art. 15; ROHG. Bd. 20 S. 36; Behrend § 40 N. 69; Gareis-Fuchsberger S. 61 N. 112; Cosack § 16 Nr. 3; theilw. a. M. die bei Behrend Citirten. Betreibt ein Kaufmann sein Handelsgewerbe unter einer und derselben Firma in verschiedenen Räumlichkeiten eines und desselben Ortes, so kann wohl jedes dieser Etablissements einen besonderen Namen führen; diese Zusätze gelten aber nicht als Bestandtheile der Firma und haben juristisch keine Bedeutung. (Ueblich sind namentlich Bezeichnungen dieser Art wie: Filiale, Nebenetablissement, Dependance u. dgl.) Vgl. Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 34 S. 563.

Art. 16.

Ein Kaufmann, welcher sein Geschäft ohne Gesellschafter oder nur mit einem stillen Gesellschafter betreibt, darf nur seinen Familiennamen (bürgerlichen Namen) mit oder ohne Vornamen als Firma führen.

Er darf der Firma keinen Zusatz beifügen, welcher ein Gesellschaftsverhältniß andeutet. Dagegen sind andere Zusätze gestattet, welche zur näheren Bezeichnung der Person oder des Geschäftes dienen.

Pr. E. Art. 20. I. E. Art. 18. II. E. Art. 15. Prot. S. 34, 911, 1144, 1151.

1) Das HGB. unterscheidet die ursprüngliche Firma und die übergegangene Firma [1]).

Die ursprüngliche Firma muß prinzipiell wahr sein. Denn die rechtliche Persönlichkeit beruht immerhin auf der physischen Persönlichkeit; an und für sich ist eben doch nur der Mensch als solcher Subjekt der Rechte und Verbindlichkeiten, d. h. Person; naturgemäß fallen beide Eigenschaften zusammen.

Deshalb bestimmt der vorstehende Artikel, daß der Kaufmann regelmäßig unter seinem eigenen Namen handelnd aufzutreten hat. Es besteht zu einer Abweichung von diesem Grundsatze, so lange es sich um neu zu schaffende Verhältnisse fragt, weder ein rechtlicher noch ein praktischer Grund; ein rechtlicher nicht, weil der Handelsverkehr nur als ein Theil des allgemeinen Rechtsverkehres erscheint, und in diesem, wie oben gesagt, die rechtliche Handlungsfähigkeit auf der physischen Persönlichkeit beruht; ein praktischer Grund aber deshalb nicht, weil ohne unrechte Absichten und wenn nicht etwa auf eine Täuschung des Publikums gerechnet wird, Niemand hoffen kann, unter einem fremden Titel mehr zu erlangen, als unter dem eigenen.

Es ließe sich allerdings denken, daß der bürgerliche Name in Folge besonderer Umstände eine unangenehme Firma wäre, entweder an sich (z. B. wenn der Name eine lächerliche Nebenbedeutung hat), oder wegen äußerer Nebenumstände (z. B. ein sich neu etablirender Kaufmann hat denselben Namen wie ein erst kürzlich fallit gewordener). Allein hier kann man entweder eine erlaubte Abkürzung, einen Zusatz oder dergleichen anwenden oder äußersten Falles die Namensänderung in vorgeschriebener gesetzlicher Weise erwirken.

Diese Bestimmung des Artikels erstreckt sich auf den Einzelkaufmann und auf die stille Gesellschaft (Art. 251) [2]). Diese letztere ist nämlich dem Publikum

---

1) Thöl § 53 Z. III—V; vgl. Art. 22.

2) Goldschmidt hat jedoch in seinem Gutachten über den II. E. S. 25 ff. mit Recht aufmerksam gemacht, daß durch Art. 22 und 24 das System des Gesetzbuches völlig illusorisch werde. Ob aber daraus die Freigebung der Firmen oder nicht vielmehr die Beseitigung jener Artikel folge, kann bestritten werden, da der Zweck der Beibehaltung alter Firmen immerhin durch den Beisatz der letzteren mit „vormals“ „Nachfolger“ u. s. w. erreicht würde und die Jetztzeit ohnehin mehr auf die reelle Leistung als den traditionellen Ruf eines Geschäftes zu sehen pflegt.

gegenüber keine Gesellschaft, es tritt demselben immer nur der eine Compagnon entgegen, der stille Gesellschafter ist nur Gläubiger unter besonderen Modalitäten der Verzinsung seines hingegebenen Geldes.

Selbstverständlich findet der Artikel auf eine offene Gesellschaft, welche auch einen stillen Associé hat, keine Anwendung.

2) Familiennamen.

Das Gesetz erklärt die Bezeichnung „Familiennamen" durch Beifügung der Worte „bürgerlichen Namen"; es ist demnach hierunter derjenige Name zu verstehen, welcher der Person nach den bürgerlichen Gesetzen zukommt [3]).

Hienach ist zu entscheiden, was im Falle einer Arrogation, Adoption, Annahme an Kindesstatt rc. Rechtens ist. Bewirkt die Vornahme einer solchen Handlung das Recht zur Führung des Familiennamens, so kann der Betreffende denselben auch als Firma annehmen, anderenfalls nicht [4]).

Bei geschiedenen Frauen ist das ergangene Urtheil maßgebend; einer geschiedenen Frau, der die Fortführung des Namens ihres Mannes gestattet bleibt, wird nicht verwehrt werden können, diesen Namen als Firma zu wählen [5]).

Wittwen haben, wenn sie sich als Handelsfrauen neu etabliren, den Familiennamen ihres Mannes als Firma zu nehmen [6]).

Im Falle einer Namensänderung, insbesondere der Verheirathung einer unverehelichten handeltreibenden Frauensperson, sowie der Wiederverheirathung einer Wittwe oder einer geschiedenen Frau, muß auch die Firma entsprechend verändert werden; denn das Gesetz gebietet nicht nur die ursprüngliche Annahme des Familiennamens, sondern die Führung des Familiennamens als Firma, läßt also keine Deutung in dem Sinne zu, als ob die ursprünglich wahre Firma auch beibehalten werden dürfte zu einer Zeit, zu welcher sie nicht mehr wahr ist [7]).

3) Mit oder ohne Vornamen.

Es ist gestattet, den Vornamen ganz wegzulassen (Müller) oder ganz auszudrücken (Johann Baptist Friedrich Müller) oder theilweise beizufügen (Johann Baptist Müller) oder abzukürzen (J. B. F. Müller, Joh. Müller). Ebendeshalb darf man sich auch des Diminutivums bedienen, z. B. Mina, Fritz u. s. w. [8]).

---

3) Auch ein adeliger Familienname kann geführt werden; nach bayerischen Gesetzen (Edikt über den Adel Beilage V der Verf.-Urkunde § 21) suspendirt die Ausübung eines offenen Ladens den Gebrauch des Adelstitels, nicht den des adeligen Namens. Vgl. auch ein desfallsiges Erkenntniß in Busch Archiv Bd. 2 S. 284.

4) Nach dem Sonthofener Rechte (Bayern, Allgäu) soll die Frau den Namen des Ehemannes überhaupt nicht annehmen. Wäre dieser Rechtssatz nicht jedenfalls als derogirt anzusehen, so würde allerdings eine Sonthofener verehelichte Handelsfrau nur mit ihrem Geburtsnamen zu firmiren haben.

5) Vgl. v. Hahn § 4 zu Art. 16; ROHG. Bd. 24 S. 299.

6) Prot. S. 35. Ob die Wittwe auch den Vornamen ihres Mannes wählen kann, s. u. (Ziff. 5).

7) Ebenso Behrend § 40 N. 21; Staub § 1 Abs. 5; a. M. Busch Archiv Bd. 30 S. 159 (Erk. d. HAG. München v. 18. Mai 1872).

8) Zweifelhafter ist die Zulässigkeit sogenannter Schmeichelnamen, z. B. Lulu statt Ludwig, Polly statt Maria u. s. w., doch werden auch diese nicht unbedingt auszuschließen sein.

Als Vorname erscheint der in der Taufe oder im Civilstandsregister gegebene; eine, wenn auch durch längere Zeit fortgesetzte andere Benennung berechtigt nicht zur Führung des Vornamens[9]), ebensowenig werden Uebersetzungen in fremden Sprachen als erlaubt anzusehen sein, soferne diese nicht hergebracht und der Name ein allgemein üblicher ist.

Der Vorname hat naturgemäß vor dem Familiennamen zu stehen; Lorenz Stengel kann daher nicht die Firma „Stengel Lorenz" annehmen[10]).

Wird der Vorname weggelassen, so kann zwar das Geschlecht des Firmeninhabers aus der Firma nicht ersehen werden; es ist dies aber auch nicht nothwendig. Dagegen darf die Firma vermöge des gewählten Zusatzes hinsichtlich des Geschlechtes nicht irre führen[11]).

4) Zusatz, welcher ein Gesellschaftsverhältniß andeutet.

Hierunter fallen nicht nur mehrere Namen und der Beisatz „et Compagnie", sondern auch selbstverständlich die Bezeichnung „Gebrüder", „Söhne" u. s. w.

Besteht ein Familienname aus zwei Worten, z. B. „Stein-Sturz", so darf dieser Doppelname als Firma geführt werden, wenn auch hiedurch die Annahme, daß ein Gesellschaftsverhältniß bestehe, wachgerufen werden könnte; denn das Gesetz beschränkt das Recht, den Familiennamen zu gebrauchen, in keiner Weise; um einen „Zusatz", welcher ein Gesellschaftsverhältniß andeutet, handelt es sich aber beim Gebrauche eines mit Recht geführten Doppelnamens nicht[12]).

5) Andere Zusätze.

a) Nicht jeder Zusatz ist dem Firmeninhaber gestattet, sondern nur solche, welche zur näheren Bezeichnung der Person oder des Geschäftes dienen. Insbesondere läßt die Definition in Art. 15, „die Firma ist der Name, unter welchem der Kaufmann seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt" durch die Gleichstellung der Erfordernisse mittels des Bindewortes ersehen, daß nur insoweit

---

9) Bei Israeliten ist es Mode geworden, die Geburtsnamen willkürlich zu ändern, z. B. statt Moses sich Moritz oder Max, statt Levi sich Leopold oder Ludwig, statt Heymann sich Heinrich oder Hermann zu nennen. Die Firma muß aber dennoch den wahren Namen enthalten, was mitunter für den Betheiligten, welcher unter dem unrechten Namen allgemein bekannt und vielleicht sogar seine Zeugnisse u. s. w. auf diesen erlangt hat, sehr unangenehm sein kann; man kann sich in solchen Fällen — abgesehen von der Erholung einer Erlaubniß zur Namensänderung — durch die Bezeichnung der Firma mit dem Anfangsbuchstaben helfen.

10) Gutachten der Prager Handelskammer Nr. 28.

11) Es wurde daher für unzuläßig erklärt, daß die Ehefrau H. für ihr Handelsgeschäft die Firma „H.'s Jalousien-Fabrik" wählte, weil hier der Name mit dem Zusatze durch den Gebrauch der männlichen Genitivform in solche Verbindung gebracht ist, daß man eine Person männlichen Geschlechtes, nämlich den Ehemann H., als Inhaber des Geschäftes vermuthe; Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 37 S. 528. Dagegen wurde (in einem bei Puchelt Anm. 3 citirten sächsischen Erkenntnisse) die adjektivische Benutzung des Familiennamens: „Gr.'sche Maschinenfabrik" der Ehefrau Gr. gestattet, weil diese Form nicht nothwendig auf einen männlichen Inhaber schließen läßt.

12) Ebenso v. Hahn § 7 Note 4; Beschl. d. pr. Kammergerichts v. 31. März 1884 (Johow u. Küntzel Bd. 5 S. 20); a. M. die erste Auflage dieses Kommentars, Gareis-Fuchsberger S. 53 N. 65.

das Vorhandensein einer Berechtigung, dem Namen einen Zusatz beizufügen, angenommen werden kann, als derselbe zugleich und zwar regelmäßig mitunterschrieben wird: daß der Name des Geschäftes stets und vollkommen mit der dafür vom Inhaber gewählten Unterschrift übereinstimmen muß[13]).

b) Das Gesetz gestattet zunächst Zusätze, welche zur näheren Bezeichnung der Person dienen. Es ist dabei nicht an den Fall gedacht, daß zur Unterscheidung von einer bereits am nämlichen Orte bestehenden Firma zu den gleichlautenden Vor- und Zunamen ein Beisatz gemacht wird (Art. 20 Abs. II). Ein Kaufmann kann ein Interesse daran haben, daß seine Firma auch mit dem Namen eines Nichtkaufmannes oder mit dem eines Kaufmannes, welcher sein Geschäft unter einer von seinem bürgerlichen Namen abweichenden Firma führt (Art. 22), nicht verwechselt werde. Zu diesem Zwecke dienen Zusätze wie senior, junior, Vater, Sohn u. dgl. Auch die Beifügung des Namens der Ehefrau ist üblich und zulässig[14]). Es kann aber auch die Absicht dahin gehen, das Publikum an eine frühere Stellung des Firmeninhabers, in welcher derselbe besonderes Vertrauen genossen hat, oder an gewisse geschäftliche Beziehungen zu erinnern; daß hiebei hauptsächlich der Zweck der Reklame verfolgt wird, steht der Zulässigkeit des Beisatzes nicht entgegen. So wird z. B. Nichts Dagegen zu erinnern sein, wenn der Kaufmann Theodor Kränich eine Firma annimmt, in welcher sein Familienname den Zusatz erhält: „vormals Prokurist bei Löbel et Merkel.“[15]) Auch eine Firma „Otto Setzlich, Generalvertreter der Ofenstein'schen Steingutwaarenfabrik“ unterliegt nicht der Beanstandung; derartige Zusätze werden übrigens häufig gar nicht als Bestandtheile der Firma betrachtet, nicht als solche angemeldet, sondern nur zur Benachrichtigung des Publikums neben der Firma auf dem Geschäftsschilde oder in Cirkularen angebracht, und es ist daher im einzelnen Falle wohl darauf zu achten, ob wirklich ein Bestandtheil der Firma in Frage, mithin der Inhaber des Geschäftes dazu anzuhalten ist, die geänderte, nämlich mit dem Zusatze versehene Firma zum Handelsregister anzumelden (Art. 26 Abs. I)[16]). Im Allgemeinen ist jeder zur näheren Bezeichnung der Person dienende Zusatz statthaft, der nicht eine Täuschung des Publikums hinsichtlich der rechtlichen Beziehungen des Geschäftsinhabers herbeizuführen geeignet ist.

c) Welche Zusätze behufs näherer Bezeichnung des Geschäftes gemacht werden dürfen, ist bestritten. Manche beschränken die Zulässigkeit auf solche Bezeichnungen, welche auf den Gegenstand des Unternehmens hinweisen; z. B. Johannes Zeltner, Nürnberger Ultramarinfabrik[17]) und schließen alle Zusätze aus, welche

---

13) Vgl. aber Note 14 zu Art. 15 hinsichtlich der Gültigkeit einer von der gewählten Firma abweichenden Zeichnung der Firma.

14) Vgl. RG. Bd. 16 S. 60.

15) Etwas abweichend die erste Auflage; allein man wird mit v. Hahn Note 6 sagen müssen, daß die erwähnte Firma insolange nicht zu beanstanden ist, als nicht ihre Wiedergabe in einer Weise erfolgt, daß das Publikum in den irrigen Glauben versetzt wird, das Prokuraverhältniß bestehe noch fort. Gegen die Zulässigkeit eines solchen Zusatzes Puchelt Anm. 1.

16) Vgl. Johow und Küntzel Bd. 5 S. 16.

17) Ueber die Form der Beifügung dieser Zusätze hat das Gesetz keine Bestimmung getroffen; die im Texte beispielsweise erwähnte Firma könnte auch lauten: „Johannes Zeltner'sche Ultramarinfabrik“ oder „Nürnberger Ultramarinfabrik: Johannes Zeltner“ oder auch „Zeltner's Ultramarinfabrik“; was die

das äußere Etablissement betreffen, erachten also die Beifügung des Etablissementsnamens (vgl. die Einleitung § 6) für verboten[18]). Allein das Gesetz bietet für diese Auslegung keinen Anhalt. Dem Publikum prägen sich gewisse auffallende Geschäftsbenennungen, wenn sie auch mit dem Gegenstande des Unternehmens, mit der Waarenbranche gar nicht zusammenhängen, oft leichter in's Gedächtniß, als der Name des Kaufmannes oder auch eine von der Gattung der im Geschäfte feilgehaltenen Waaren hergenommene Bezeichnung. Solche willkürliche Namen dienen thatsächlich ganz besonders zur Kennzeichnung des betreffenden Geschäftes und auch hier kann aus dem Zwecke des Zusatzes, Reklame zu machen, auf die Unzulässigkeit desselben nicht geschlossen werden[19]). Zusätze, wie „Herrengarderobemagazin zum Propheten", „Droguerie zum Merkur," „Ausstattungsgeschäft zur goldenen Neun", Leinwandhandlung zum Storchen" u. dgl. sind daher nicht zu beanstanden. Begrenzt ist die Zulässigkeit solcher Geschäftsbezeichnungen nur insoweit, als dieselben nicht zur Täuschung des Publikums hinsichtlich der wirklichen thatsächlichen Verhältnisse dienen dürfen[20]).

d) Selbstverständlich dürfen durch den gewählten Zusatz nicht die Vorschriften des Gesetzes über Firmenwahl überhaupt, insbesondere die Art. 22 und 24, umgangen werden. Dies würde aber dann der Fall sein, wenn Jemand ohne Befugniß den Namen Dritter in den Zusatz aufnehmen wollte.

Der Käufer des Geschäftes Moro, welchem die Fortführung der Firma nicht ausdrücklich gestattet ist, kann seinem Namen weder den Zusatz „Moro's Nachfolger" noch die Worte „vormals Moro" beifügen[21]).

---

letztere Form betrifft, so ist zwar richtig, daß durch dieselbe die Firma eines Einzelkaufmanns von der einer Gesellschaft nicht scharf unterschieden wird (von welchem Gesichtspunkte aus in der ersten Auflage die Firma „Lormer'sche Buchhandlung" als nicht zur Eintragung geeignet bezeichnet wurde); allein an und für sich enthält eine derartig lautende Firma keinen ein Gesellschaftsverhältniß andeutenden Zusatz und nur ein solcher ist, wenn es sich um die Firma eines Einzelkaufmannes handelt, verboten, während andererseits das Gesetz einen solchen ausdrücklichen Zusatz für die Gesellschaftsfirma verlangt (Art. 17).

18) So die erste Auflage; vgl. Behrend § 40 N. 41; Makower Anm. 5 zu Art. 16 u. A.

19) Vgl. v. Hahn § 8; Staub § 4, woselbst aus der Praxis des Berliner Handelsregisters eine Reihe von Beispielen angeführt ist.

20) In diesem Sinne erscheint der Zusatz „einzige" als unzulässig (vgl. RG. Bd. 3 S. 166; die Firma lautete in dem gegebenen Falle: „einzige Fabrik nikotinfreier Tabake von rc."). Vgl. ferner juristische Wochenschrift 1890 S. 117. Das pr. Kammergericht erklärte für statthaft eine Firma „Provinzial-Molkereigesellschaft H. u. Co.", weil die Befürchtung einer Irreführung des Publikums, als liege eine staatliche Beziehung vor, dadurch beseitigt werde, daß die Firma den Namen des persönlich haftenden Gesellschafters enthalte (Johow und Küntzel Bd. 3 S. 10). Ebenso erachtete das RG. (Bolze Bd. 10 Nr. 184b) die Firma „Phosphor- und Sicherheitszündholzfabrik Union zu Habelschwert C. T." für gesetzmäßig, weil in dieser Zusammensetzung das Wort „Union" nicht geeignet sei, die Täuschung zu erwecken, als liege ein Gesellschaftsverhältniß vor. Dagegen spricht ein Kammergerichtsbeschluß v. 27. Oktober 1890 (Johow Bd. 10 S. 14) dem Zusatze „au bon marché" die Bestimmung, Person oder Geschäft näher zu bezeichnen, ab.

21) Anderer Ansicht eine Erörterung im Centralorgan v. 1862 S. 5. Vgl. aber Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 37 S. 527.

Die Wittwe des Andreas Mayer kann, wenn sie nicht Alleinerbin ihres Mannes geworden oder wenn nicht die Zustimmung der übrigen Erben vorliegt, das Geschäft ihres Mannes nicht unter der Firma „Andreas Mayer sel. Wittwe" fortführen, noch weniger unter dieser Firma ein neues Geschäft etabliren[22]).

e) Besondere Schwierigkeiten bietet die Wahl der Firma bei einzelnen kaufmännischen Instituten, welche vom Eigenthümer, der an sich gar nicht Kaufmann ist und sein will, nicht selbst betrieben werden, z. B. das Bierbrauereigeschäft eines Gutsbesitzers[23]), die städtischen Institute u. s. w.[24]). Es wird aber auch hier darauf bestanden werden müssen, daß die Wahl der Firma genau nach den Regeln des Handelsgesetzbuches erfolge. So wird der Eintrag einer „Gräflich Dorner'schen Bräuhausverwaltung, Güterdirektor Höllberg" aus drei Gründen nicht zulässig sein[25]); einmal weil nicht zu ersehen ist, wer eigentlich Firmainhaber sei, die Familie, mehrere Grafen Dorner oder nur einer; dann weil „Verwaltung" kein Zusatz zur Person oder zu dem Geschäfte ist, endlich weil der Prokuraträger oder Handlungsbevollmächtigte nicht in die Firma gehört. Die Firma wird daher zu lauten haben:

„Graf Eduard Dorner'sche Brauerei"

und dann allenfalls unter den Prokuren:

Dem Güterdirektor Daniel Höllberg wurde heute procura ertheilt.

Eine juristische Person muß, falls sie Inhaber eines Geschäftes ist, in der Firma mit dem ihr sonst zukommenden Namen bezeichnet sein; z. B. „Weinhandlung des Julius-Hospitals zu Würzburg"[26]).

f) Ein Zusatz bildet mit dem Hauptbestandtheil ein untrennbares Ganze; ein besonderer Schutz besteht nicht dafür und es darf der Zusatz nicht für sich allein als Firma geführt werden[27]).

g) Ueber die Sprache, in welcher Zusätze zu dem bürgerlichen Namen des Kaufmannes gestattet sind, hat das Gesetz eine Bestimmung nicht getroffen. Die Bestimmung des Gerichtsverfassungsgesetzes (§ 186): „Die Gerichtssprache ist die deutsche" hat nur das Verfahren in der streitigen Gerichtsbarkeit im Auge und kann hier nicht unmittelbar angewendet werden; eine analoge Anwendung ist aber wohl deshalb nicht zulässig, weil die Gründe, welche für den Ausschluß einer anderen Sprache bei den Verhandlungen vor Gericht anzuführen sind, hier, wo lediglich Einträge und deren Bekanntmachung in Frage sind, nicht zutreffen. Derjenige, welcher einen in fremder Sprache erfolgten Eintrag sich nicht zu ver-

---

22) A. M. v. Hahn Note 1. Einen interessanten Fall in dieser Beziehung enthalten die österreichischen Erkenntnisse in Busch Archiv Bd. 7 S. 130 und Centralorgan, Neue Folge Bd. 2 S. 137, in welchen die Frage behandelt wird, ob es einem von mehreren Erben desselben Firmabesitzers ohne Einwilligung der Miterben freistehe, in einem anderweitigen ihm allein zugehörigen Geschäfte mit dem Beisatze „N.'s Erbe" zu firmiren. Der oberste Gerichtshof zu Wien hat diesen Zusatz entgegen der Ansicht zweier Untergerichte zugelassen, ein Ausspruch, gegen welchen erhebliche Bedenken obwalten.

23) Wenn das verbraute Material, Gerste und Hopfen, sämmtlich auf dem Gute wächst, ist die Kaufmannseigenschaft zu bestreiten.

24) Ueber diese siehe oben S. 31 ff.

25) A. M. v. Hahn § 7.

26) Puchelt Anm. 2.

27) **ROHG.** Bd. 4 S. 260.

deutschen vermag, wird leicht in der Lage sein, von einem Dollmetsch sich denselben übersetzen zu lassen. Insoweit freilich die betreffende Sprache nicht zu den mehr allgemein geläufigen gehört, ein Dollmetsch daher voraussichtlich nur schwer zu finden sein wird, darf und muß wohl der Eintrag der Firma verweigert werden. Es gilt dies auch für Firmen, welche in Schriftzeichen geschrieben sind, deren Kenntniß nicht Jedermann eigen ist, wie hebräisch, griechisch, russisch [28]).

6) Folgen des Gebrauchs unzulässiger Zusätze.

Geschäfte, welche unter einer von der angemeldeten Firma abweichenden Firma geschlossen werden, sind im Allgemeinen nicht ungültig (s. o. N. 8 u. 14 zu Art. 15). Dies gilt auch für den Fall der Zeichnung der Firma mit einem unzulässigen Zusatze; immer wird aber vorausgesetzt, daß durch den Zusatz die Identität des Inhabers der Firma nicht in Frage gestellt wird [29]).

Art. 17.

Die Firma einer offenen Handelsgesellschaft muß, wenn in dieselbe nicht die Namen sämmtlicher Gesellschafter aufgenommen sind, den Namen wenigstens eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze enthalten.

Die Firma einer Kommanditgesellschaft muß den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze enthalten.

Die Namen anderer Personen, als der persönlich haftenden Gesellschafter, dürfen in die Firma einer Handelsgesellschaft nicht aufgenommen werden; auch darf sich keine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft als Aktiengesellschaft bezeichnen, selbst wenn das Kapital der Kommanditisten in Aktien zerlegt ist.

Pr. E. Art. 22. I. E. Art. 19. II. E. Art. 16. Prot. S. 35 ff., 911.

1) Es ist bereits in der Einleitung zu diesem Titel bemerkt worden, daß die Firma ihren Ursprung von den Societäten genommen und daß sie bei diesen

---

28) Vgl. Staub, Einleitung zu Art. 16; Puchelt Anm. 1a. Noch weiter gehen Ewiklinski in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 26, S. 383 ff.; pr. Kammergericht (Beschl. v. 28. Mai 1888), Johow Bd. 8 S. 23; hienach soll der Gebrauch einer fremden Sprache ohne Einschränkung gestattet sein, mit der Maßgabe allerdings, daß ein vom Gesetze vorgeschriebener Beisatz, wie „eingetragene Genossenschaft" immer in deutscher Sprache gemacht sein müsse; vgl. auch Johow Bd. 10 S. 15. Dagegen wollen v. Völderndorff in Endemann's Hdb. Bd. 1 S. 197 u. Gareis-Fuchsberger Anm. 66 nur Einträge in deutscher Sprache zulassen.

29) Vgl. Staub § 5; Puchelt Anm. 2.

ihre hauptsächlichste Bedeutung hat. Bei diesen hebt sich der Natur der Sache nach die handelsrechtliche Persönlichkeit als eine gemeinsame von den verschiedenen einzelnen Personen, aus denen die Gesellschaft besteht, am deutlichsten ab.

Dem Prinzipe des Handelsgesetzbuches gemäß, daß die Firma möglichst dem wahren Sachverhältnisse entsprechen müsse, soll in der Gesellschaftsfirma die Thatsache, daß die handelsrechtliche Persönlichkeit aus mehreren physischen Personen besteht, regelmäßig hervortreten; dagegen soll in der Firma Niemand figuriren, der, wenn auch am Geschäfte interessirt, doch nicht als Inhaber desselben erscheint. Hieraus erklären sich die Vorschriften des Artikels über die Firmenbildung der offenen Gesellschaft im Gegensatze zu der Kommandit- und stillen Gesellschaft.

2) Der Wahrheit zunächst kommt diejenige Firma der offenen Gesellschaft, in welcher sämmtliche Theilhaber namentlich aufgeführt sind: Grundherr und Hertel, Pabst und Lamprecht (oder auch mit einem Beisatze zu einem Namen: J. Morhardt Vater et Zahn u. s. w.) Wenn mehr als zwei Mitglieder vorhanden sind, so ist es übrigens nicht regelmäßige Sitte, daß dieselben sämmtlich in der Firma figuriren.

Am gebräuchlichsten ist die Firma, in welcher nur der Name eines Gesellschafters genannt wird und durch den Zusatz „und Compagnie" „et Cpie" „et Co." „et Comp." u. dgl. das Vorhandensein weiterer Theilhaber angezeigt wird.

Selbstverständlich kann von mehreren nicht blos einer, sondern es können auch einige Gesellschafter genannt und dabei der oben erwähnte Zusatz angefügt werden (Crämer, Vetter und Compagnie). Dagegen ist es nicht erlaubt, die sämmtlichen Gesellschafter zu nennen und noch den Beisatz „et Cpie." zu gebrauchen oder wenn nicht sämmtliche Theilhaber genannt werden, den Zusatz wegzulassen[1]). Wenn also Johann Müller, Friedrich Mayer und Martin Fischer in offener Gesellschaft stehen, so darf die Firma weder heißen:

Müller, Mayer, Fischer et Cpie. noch auch Müller und Mayer,

sondern Müller et Cpie., oder Müller, Mayer et Cpie., oder Müller, Mayer und Fischer.

Als Zusätze, welche ein Gesellschaftsverhältniß andeuten, sind die Bezeichnungen „und Söhne", „Gebrüder"[2]), „Erben" u. dgl. gleichfalls zu achten; jedoch wird darauf zu sehen sein, ob das Prinzip der Wahrheit dadurch nicht verletzt werde, daß die Firma das Vorhandensein weiterer Gesellschafter verschweigt. Carl Müller, Friedrich Müller und Martin Fischer dürfen sich der Firma „Gebrüder Müller" nicht bedienen; sie muß heißen: „Gebrüder Müller et Cpie." Die Söhne des Karl Müller, Johann Friedrich und Anselm, welche mit Martin Fischer in offener Gesellschaft stehen, können nicht firmiren: „Müller's Erben", sondern sie müssen sagen: „Müller's Erben und Compagnie". Streng genommen ist das Gegentheil im Art. 17 nicht verboten; wenn Karl Müller, dessen Söhne Friedrich

---

1) Prot. S 36; Staub § 1; a. M. Gareis-Fuchsberger S. 53 Anm. 72.

2) Das Kreisgericht zu Thorn hat die von Carl und Julius Schneider angemeldete Firma: „Gebr. Schneider" zurückgewiesen, weil die Abkürzung „Gebr." auch als Abkürzung eines Vornamens erscheinen könnte. Dagegen hat das Appellgericht zu Marienwerder dieselbe zugelassen, da die Abkürzung allgemein verständlich sei. Centralorgan v. 1863 S. 172. Busch Archiv Bd. 2 S. 153.

und Anselm Müller und dann Martin Fischer in offener Gesellschaft stehen, so entspricht die Firma:

Karl Müller und Söhne

dem Wortlaute des Gesetzes, da der Name eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze in der Firma enthalten ist; allein da die Bezeichnung „Söhne" offenbar die Meinung erzeugen muß, als ob alle Gesellschafter Söhne des Karl Müller seien, so ist die bemerkte Firma nicht wahrheitsgetreu[3]).

3) Daß auch bei der Gesellschaftsfirma Zusätze im Sinne des Art. 16 Abs. 2 in fine zulässig sind, hat zwar das Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, es versteht sich aber von selbst. Es müssen dafür dieselben Grundsätze gelten, welche oben für die Einzelfirma entwickelt wurden[4]).

4) Für die Firma der Kommanditgesellschaft gelten im Allgemeinen dieselben Vorschriften, wie für jene der offenen Gesellschaft, nur ist die Wahl, welche Gesellschafter in derselben genannt werden können, auf die persönlich haftenden Gesellschafter beschränkt. Wenn also Karl Cünzel und David Dauer als persönlich haftende Gesellschafter, Anton Abel und Benno Bayer als Kommanditisten betheiligt sind, so kann die Firma lauten: Karl Cünzel et Cpie., oder Cünzel, Dauer et Cpie.; nicht aber Abel et Cpie. oder Cünzel, Abel et Co.[5]).

Daß das in der Firma angedeutete Gesellschaftsverhältniß eine Kommanditgesellschaft sei, muß in der Firma selbst nicht ausgedrückt werden, es steht aber auch Nichts entgegen, solches zu thun; z. B. Karl Cünzel und Compagnie (Kommanditgesellschaft); wo aber eine Kommanditgesellschaft zugleich offene Gesellschaft ist (Art. 150 Abs. 2), (wie im vorigen Beispiele), so würde eine solche Firma nicht genügen, vielmehr, wenn der Beisatz gemacht werden wollte, der Name aller persönlich haftenden Gesellschafter genannt sein müssen. Da aber ein Interesse hiefür nicht besteht, auch nicht leicht die Zeichnung in solcher Umständlichkeit beliebt ist, so wird wohl eine derartige Firma selten vorkommen.

5) Werden andere als persönlich haftende Gesellschafter in der Firma genannt, so ist zu unterscheiden, ob diese Kommanditisten und beziehungsweise stille Gesellschafter oder ganz unbetheiligte Personen sind. Ersteren Falles treten die Bestimmungen des Art. 168 und 257 ein, die in der Firma Genannten haften als offene Gesellschafter; letzteren Falles findet lediglich Einschreitung gegen den Zuwiderhandelnden statt.

---

3) Ein Erk. des Commerz- und Admiralitätskollegs in Danzig (Busch Archiv Bd. 1 S. 391) hat die von den Gesellschaftern Müller, Adam und Bruno Schulze angemeldete Firma „Müller et Schulze" als genügend erklärt; weil hier eine Täuschung nicht vorliegt, vielmehr dem Gesetze vollkommen entsprochen ist, muß dieser Ansicht auch beigetreten werden.

4) Vgl. RG. Bd. 3 S. 166. Die Ausdrücke „Societäts-Brauerei" und „Verein" wurden von den Preuß. Gerichten als zulässige Zusätze erklärt (vgl. Busch Archiv Bd. 3 S. 72 und Bd. 1 S. 391); ob damit allein, wenn nur ein Name dazu genannt wird, der Vorschrift des Art. 17 genügt sei, wäre aber zu bezweifeln.

5) Sind mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so muß, wenn auch diese sämmtlich in der Firma genannt sind, mit Rücksicht auf die Kommanditisten ein das Gesellschaftsverhältniß andeutender Zusatz gemacht werden; die Firma Karl Cünzel und David Dauer würde also in dem oben beispielsweise erwähnten Falle dem Gesetze nicht entsprechen; vgl. Puchelt Anm. 3.

Uebrigens wird nicht jeder Namensgebrauch als verboten angesehen werden können; wenn z. B. eine offene Gesellschaft zwischen Andreas Mayer und Benno Fischer mit der Firma „Mayer et Fischer, Blitzableiterfabrik" schon besteht und ein anderer Mayer und Fischer wollte sich etabliren, als „Mayer et Fischer, Franklin'sche Blitzableiterfabrik", so wäre wohl an sich hiegegen Nichts zu erinnern.

6) Daß sich eine offene Gesellschaft oder Kommanditgesellschaft nicht als Aktiengesellschaft bezeichnen darf, ist klar; denn es wäre dies eben eine Unwahrheit. Dagegen würde an sich erlaubt sein, daß sich eine Kommanditgesellschaft, bei welcher das Kapital der Kommanditisten in Aktien zerlegt ist (Art. 173), als Aktiengesellschaft bezeichnet. Die Motive zum Pr. E. (S. 17) führen jedoch an, daß eine solche Bezeichnung zu Täuschungen des Publikums führen könnte.

Es ist jedoch nur die Benennung als „Aktiengesellschaft" schlechthin verboten, die Bezeichnung nach der wahren Beschaffenheit ist zulässig. Deshalb könnte die Benennung als „Kommanditgesellschaft auf Aktien" nicht beanstandet werden, es wird aber dieselbe nicht wohl in der Firma selbst vorkommen. Beispiele sind:

Handelsgesellschaft für kgl. bayerische privilegirte Torfbereitung Merkel et Consorten in Nürnberg (Kommanditgesellschaft auf Aktien). Letzterer Zusatz wird nicht mit firmirt, sondern ist nur bei der öffentlichen Bekanntmachung erwähnt. Ferner: Halle'scher Bankverein von Kulisch, Kämpf und Comp. (Kommanditgesellschaft auf Aktien); letzterer Zusatz wird gleichfalls nicht firmirt.

7) Die von einer Handelsgesellschaft unter einer unzulässigen Firma abgeschlossenen Geschäfte sind nicht ohne weiteres ungültig[6]).

Art. 18.

Die Firma einer Aktiengesellschaft muß in der Regel von dem Gegenstande ihrer Unternehmung entlehnt sein.

Der Name von Gesellschaftern oder anderen Personen darf in die Firma nicht aufgenommen werden.

Pr. E. Art. 23. I. E. Art. 20. II. E. Art. 17. Prot. S. 37, 911.

1) Das Handelsgesetzbuch läßt, wie bereits oben erörtert wurde, eine namenlose Firma, sog. Sachfirma, nicht zu. Von dieser Regel scheint der Art. 18 eine Ausnahme zu machen; allein bei näherer Betrachtung zeigt sich diese Ausnahme als eine nur scheinbare. Denn nachdem bei Aktiengesellschaften die einzelnen Aktionäre den Gläubigern der Gesellschaft nicht persönlich, sondern nur mit ihrer Einlage haften, können als Träger der Firma nicht die einzelnen Gesellschaftsmitglieder angesehen werden[1]), sondern es erscheint als solcher das Aktienunternehmen selbst[2]).

---

6) Vgl. Bolze Bd. 1 Nr. 1169; vgl. auch N. 8 und 14 zu Art. 15 und N. 29 zu Art. 16.

1) Aus diesem Grunde nennt der Art. 29 des Code de commerce und nach ihm andere Gesetzgebungen die Aktiengesellschaften „anonyme Gesellschaften."

2) Motive zum Pr. E. S. 17, welche jedoch die Bestimmung als eine Aus-

Eben deshalb muß also, um der Regel der Namensfirma gerecht zu werden, der Name des Unternehmens, nicht der Name sämmtlicher oder einzelner Aktionäre, in die Firma genommen werden.

Bei den Berathungen wurde übrigens durch Einschaltung der Worte „in der Regel" eine Abweichung von diesem Gebote zugelassen, während das Verbot des Abs. 2 absolut geblieben ist[3]).

2) Eine gegen Abs. II verstoßende Firma dürfte der Richter in's Handelsregister nicht eintragen. Gegen den Gebrauch einer solchen Firma ist gemäß Art. 26 Abs. II einzuschreiten[4]).

3) Wenn der Gegenstand der Unternehmung in der Firma enthalten ist, steht im Uebrigen die Verbindung mit anderen Bezeichnungen frei.

Es darf die Bezeichnung als Aktiengesellschaft[5]) oder als Gesellschaft gebraucht werden, z. B.:

Bayerische Aktiengesellschaft für chemische und landwirthschaftliche Fabrikate; oder Gasbeleuchtungsgesellschaft in München; Metallurgische Gesellschaft zu Aachen, Hallische Zuckersiederei-Compagnie, Kreditverein für Handwerker in Magdeburg; Concordia, Kölnische Lebensversicherungsgesellschaft.

Es kann aber auch lediglich das Unternehmen in der Firma erscheinen (also selbst ohne den Beisatz „Gesellschaft") mit oder ohne Ortsangabe, z. B.:

Bayerische Hypotheken- und Wechselbank, Getreidekunstmühle in Rosenheim, Haunstetter Weberei, Pfälzische Maximiliansbahn, Kölner Privatbank, Stollberger Kupferbergwerk, Berliner Brodfabrik, Chemische Fabrik Rhenania (in Aachen), Ritterschaftliche Privatbank in Pommern (in Stettin).

Es kann endlich durch eine Wortverbindung das Unternehmen, und daß solches auf Aktien betrieben werde, angegeben werden, z. B.:

Ludwigshafener Aktienbrauerei[6]), Danziger Privataktienbank, Neue Aktien-Zuckerraffinerie (in Halle).

Wie die angeführten Beispiele zeigen, ist es handelsgesetzlich nicht untersagt,

---

nahme von dem Verbote der Sachfirma, wenn auch „als eine durch die Natur der Sache gerechtfertigte" ansehen. Dieser Anschauung folgen auch die Autoren in dieser Lehre insgesammt; und praktisch hat es keine Folgen, ob man darin eine Ausnahme sieht oder die Bestimmung so, wie im Texte geschehen, als eine der Regel entsprechende konstruirt. Vgl. auch **RG.** Bd. 1 S. 26.

3) Vgl. über diese Materie insbesondere Renaud, Aktiengesellschaften 2. Aufl. § 8 und die Erläuterung zu Art. 209, 1 im gegenwärtigen Kommentar. Siehe aber auch das unten Nr. 4 Bemerkte.

4) Und zwar nur gegen die Gesellschaftsvertreter, nicht gegen die betr. Namensträger, für welche die Namensnennung auch eine persönliche Haftung (wie im Falle des Art. 168) nicht mit sich bringt. (Vgl. Ring, Aktiengesetz Art. 209 Note 7.)

5) Bei den Berathungen wurde beantragt, die Aufnahme der Bezeichnung als Aktiengesellschaft in die Firma vorzuschreiben, was jedoch nicht angenommen wurde (S. 37). Nach Englischem Rechte ist jeder Aktiengesellschaftsfirma die Bezeichnung „limited" anzufügen, um die beschränkte Haftung der Aktionäre anzudeuten.

6) Uebrigens eine unrichtige Wortfügung, denn es sollen keine Aktien gebraut werden.

sich solcher Bezeichnungen zu bedienen, welche auf ein öffentliches Institut gedeutet werden könnten, wie Bayerisch, Königlich, Privilegirt u. s. w.[7]).

Die Bestimmung des Art. 20 findet selbstverständlich auch auf Aktiengesellschaften Anwendung; die Firma einer sich neu bildenden Aktiengesellschaft muß sich von allen bereits bestehenden deutlich unterscheiden. Dies wird am zweckmäßigsten durch Beifügung einer örtlichen Bezeichnung sich bewirken lassen. Bloße Umstellung der Worte dagegen hebt sich nicht genügend[8]) ab, ebenso nicht bloße Unterscheidung durch Ziffern; doch kommt hier Alles auf die konkreten Umstände an[9]).

4) Der Name von Aktionären darf niemals in die Aktien-Gesellschaftsfirma aufgenommen werden. Dagegen erfordert die Bestimmung, daß auch andere Personen in der Firma nicht genannt werden sollen, eine beschränkende Auslegung mit Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes (Prot. S. 37), welcher nur der war, daß zur Vermeidung von Täuschungen deutlich sich ergeben müsse, es hafte keine Person mit ihrem Vermögen, sondern nur das Aktienkapital.

Beamte der Gesellschaft, Protektoren, überhaupt lebende Personen[10]), werden daher in der Firma nicht genannt werden dürfen. Dagegen ist es nicht verboten, wenn historische oder sog. allegorische Namen mit der Firma verbunden werden, z. B. Phönix, Providentia, der Lloyd, the Gresham u. s. w., oder von dem Betriebsgebiete und Sitze hergenommene z. B. Colonia. Doch würde es der Absicht des Gesetzes widersprechen, wenn dieser Name allein gebraucht würde; das Unternehmen muß gleichfalls benannt werden: the Gresham, Lebensversicherungsgesellschaft; Neu-Schottland, Berg- und Hütten-Aktien-Verein; Helios, A. G. zur Gewinnung von Mineralöl; Feuerversicherungsgesellschaft Adler[11]).

---

7) Wie jenes ehedem z. B. in Hamburg der Fall war, wo insbesondere die Bezeichnung „Hamburgisch“ verboten wurde. In einer österreichischen Verordnung von 1821 war der Beisatz „mit Genehmigung der Regierung“ untersagt. Vgl. Brinkmann, Handelsrecht S. 235 Note 12.

8) Wenn eine Firma Baumwollenfein-Spinnerei und die andere Feinbaumwollen-Spinnerei heißt, wird das Publikum sie beständig verwechseln; dagegen hält Jedermann die Baumwollspinnerei am Stadtbach und die Baumwollspinnerei am Senkelbach auseinander.

9) Z. B. sind im Handelsregister Frankenthal verschiedene Tuchfabriken als I. Tuchfabrik, II. Tuchfabrik u. s. w. eingetragen.

10) Wenn freilich auch hier keine Täuschung möglich ist, wird das Verbot gleichfalls cessiren; die Firmen: Pfälzische Maximiliansеisenbahn, Ludwigs-Donau-Main-Kanal-Aktiengesellschaft, Prinz-Leopold-Aktiengesellschaft für Hüttenbetrieb zu Hurl (Kreis Rees) u. s. w. sind zulässig. Ob die in Breslau bestehende Bergwerksgesellschaft „Georg von Giese'sche Erben“, welcher unter diesem Namen durch k. Kabinetsordre vom 23. April 1860 die Rechte einer juristischen Person ertheilt sind (Preuß. Gesetzsamml. v. 1860 S. 200 und 1864 S. 484), eine Aktiengesellschaft ist, erscheint fraglich; dagegen ist der „A. Schaafhausen'sche Bankverein“ in Köln eine Aktiengesellschaft. Ueber den Fall des Ueberganges der Firma eines Einzelkaufmannes oder einer Personenvereinigung an eine Aktiengesellschaft s. Art. 22 und das dort Bemerkte. Die Aufnahme eines Personennamens in die Firma mit einem das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatze wird in der Praxis meistens nicht beanstandet. (Vgl. z. B. „Apollinarisbrunnen, vormals Georg Kreuzberg“, Firma einer Aktiengesellschaft bei Ahrweiler.)

11) Das Entscheidende ist, wie schon im Texte bemerkt, die Gefahr der Irre-

Art. 19.

Jeder Kaufmann ist verpflichtet, seine Firma bei dem Handelsgerichte, in dessen Bezirk seine Handelsniederlassung sich befindet, behufs der Eintragung in das Handelsregister anzumelden; er hat dieselbe nebst seiner persönlichen Unterschrift vor dem Handelsgerichte zu zeichnen oder die Zeichnung derselben in beglaubigter Form einzureichen.

Pr. E. Art. 21. I. E. Art. 21. II. E. Art. 18. Prot. S. 32 ff.

1) Der Pr. E. hatte die Eintragung der Einzelfirma, soferne sie mit dem Namen des Geschäftsinhabers übereinstimmte, nicht zugelassen, dagegen gestattet, daß der Kaufmann seine Firma durch Beifügung eines Zusatzes zu einer von seiner physischen Person unterschiedenen Persönlichkeit stemple, und diese Firmen mußten, um darauf ein ausschließliches Recht zu erwerben, im Handelsregister eingeschrieben werden.

Bei der Berathung des Gesetzbuches wurde aber diese Vorschrift als ungenügend bezeichnet, weil sich in der Praxis da, wo eine allgemeine Verpflichtung zur Firmenprotokollirung bestehe, solche als ein höchst taugliches Mittel zur Beförderung der Sicherheit und des Kredites bewährt habe[1]). Es wurden dabei besonders die Vortheile hervorgehoben, welche die Firmenregister darbieten, wenn es sich um Aechtheit von Unterschriften oder um die Ermächtigung der handelnden Personen zu Geschäftsabschlüssen handle, dann gegenüber solchen Kaufleuten, welche es mit Beobachtung der strengeren Formen nicht allzu genau nehmen und endlich hinsichtlich solcher Händler, deren kaufmännische Natur zweifelhaft sei, bei denen also die Möglichkeit, sich eine genauere Auskunft über ihre Verhältnisse zu verschaffen, höchst wünschenswerth erscheine.

Diese Gründe bewirkten ungeachtet verschiedener Gegenstimmen die Annahme einer allgemeinen Zwangspflicht zur Eintragung der Firma ohne Rücksicht darauf, ob sie mit dem bürgerlichen Namen des Inhabers übereinstimme oder nicht, eine Anordnung, welche übrigens bei der Gestaltung des Prokurawesens durch das Handelsgesetzbuch ohnehin nicht mehr hätte umgangen werden können.

Die Belästigung, welche darin für den Kleinverkehr gelegen gewesen wäre, wurde durch den Art. 10 beseitigt.

2) Der Artikel 19 unterscheidet zwei Akte, die Anmeldung und die Zeichnung. Die Anmeldung enthält die Erklärung, daß der betreffende Kaufmann von nun an oder seit einem bestimmten Zeitpunkte diese bestimmte Firma führe[2]),

---

führung des Publikums. Mit Rücksicht auf das Bestehen einer solchen Gefahr wurde als gesetzwidrig erachtet die Firma einer Aktienbierbrauerei „Klosterbräu N.“, weil durch diese Firma die Meinung erweckt werde, als ob die fragliche Brauerei dem Konvent eines der in N. bestehenden Klöster gehöre; die Zustimmung des Pater Guardian des Franziskanerklosters zu N. wurde für bedeutungslos erklärt. Blätter f. Rechtsanwendung, zunächst in Bayern, Jahrgang 1887 S. 191; Goldschmidts Zeitschrift Bd. 34 S. 562.

1) Die näheren Ausführungen sind in dem Prot. S. 33 enthalten.

2) Diese und keine andere Firma; vgl. **ROHG.** Bd. 4 S. 254. Einen be-

und es muß mit dieser Anmeldung zugleich ein Nachweis der Befugniß hiezu, entweder durch Zeugnisse über den zustehenden Vor- und Familiennamen oder im Falle der Art. 22 und 24 durch die erforderlichen Dokumente geliefert werden. Die Anmeldung kann mündlich zu Protokoll oder schriftlich oder durch einen Stellvertreter[3]) geschehen. Die Zeichnung dagegen ist die eigenhändige Niederschreibung der Firma in der Form, in welcher sie künftig als Geschäftsunterschrift verwendet werden soll; eine solche Firmenzeichnung muß, wenn die Firma sich von dem vollen Namen unterscheidet, von der Unterschrift des Geschäftsinhabers begleitet sein.

Wenn also Andreas Benno Mayer mit A. B. Mayer firmirt, so muß seine Zeichnung beides enthalten; sie lautet etwa: „Herr Andreas Benno Mayer wird zeichnen:

A. B. Mayer.

Nürnberg, den 11. Oktober.

Andreas Benno Mayer."

Die Zeichnung kann nur persönlich erfolgen; ein Bevollmächtigter ist hiebei nicht zuzulassen; über die Ausnahmen von dieser Regel siehe unten.

3) Kaufmann.

Unter Kaufmann ist hier nur der sogenannte Vollkaufmann zu verstehen; diejenigen Handelsleute, welche im Art. 10 aufgezählt sind, haben zwar eine Firma[4]), sie können aber weder, noch müssen sie dieselbe eintragen lassen.

Dagegen liegt die Verpflichtung allen Vollkaufleuten ob, sowohl den Einzelkaufleuten, wie den Gesellschaften. Obwohl dies sich schon aus der allgemeinen

---

stimmten Geschäftsbetrieb nachzuweisen oder auch nur anzugeben, ist der Anmeldende nicht verpflichtet. Der Firmeninhaber kann auch nach der Anmeldung unter den kaufmännischen Geschäften jeder Art nach Belieben variiren. RG. Bd. 20 S. 74. Andererseits liegt in der Anmeldung der Firma immerhin auch die Erklärung, daß der Anmeldende unter dieser Firma bereits gegenwärtig Handelsgeschäfte betreibe, nicht, daß dies erst künftig geschehen werde; denn das Handelsregister ist nicht dazu bestimmt, die bloße Möglichkeit dereinst entstehender Verhältnisse anzukündigen. RG. Bd. 22 S. 59. Die Anmeldung ist übrigens weder für die Kaufmannseigenschaft, noch für das Recht der Führung einer Firma Voraussetzung (ROHG. Bd. 3 S. 413, Bd. 10 S. 289).

3) Es unterliegt nach dem Bayerischen Einf-Ges. keinem Zweifel, daß es genügt, wenn z. B. der Prokuraträger des Geschäftes A. Mayer u. Kpie. anzeigt: nachdem in die bisherige Gesellschaft Hr. Fischer als offener Kompagnon eingetreten, werde das Haus nunmehr A. Mayer, Fischer u. Kpie. firmiren, weshalb er die notariell beglaubigte neue Zeichnung seiner Prinzipale anlege und Namens derselben diese Anmeldung mache. Dagegen schreibt das Preußische Einf.-Ges. in Art. 4 vor: „Geschieht die Anmeldung durch einen Bevollmächtigten, so hat dieser eine gerichtliche oder notarielle Vollmacht beizubringen." Scheinbar würde also auch der Prokurist, welcher eine Firmaänderung in seines Prinzipals Geschäft anzeigt, eine gerichtliche oder notarielle Vollmacht dazu nöthig haben. Gleichwohl wird man diese Frage auch nach dem Preußischen Einführungsgesetze verneinen müssen, weil die von dem Handelsgerichte in legaler Form ertheilte und in das Handelsregister eingetragene Prokura einer gerichtlichen Vollmacht gleich steht.

4) Dieser Satz verliert zwar an Wichtigkeit, weil der Art. 10 nicht blos die Eintragung erläßt, sondern überhaupt alle Bestimmungen des Gesetzbuches über Firmen für unanwendbar erklärt; richtig bleibt er aber doch und darf nicht aufgegeben werden. Nur muß man sich vor Verwechslung der Firma mit dem Etablissementszeichen gerade bei dieser Art von Handelsleuten hüten.

Regel des Art. 5 ergeben würde, ist es noch besonders in den Artikeln 86, 151, 176 und 210 für die offene Gesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaft vorgeschrieben.

Wer als Kaufmann anzusehen sei, ist nach Art. 4 zu bemessen; und da das Gesetz keinem Kaufmanne die Anmeldung der Firma erlassen hat, so ist kein Unterschied zu machen, ob eine Privatperson, eine Gemeinde, eine sonstige Korporation ꝛc. gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt.

Es ist deshalb der Art. 19 gegen alle diejenigen anzuwenden, welche als Vollkaufleute im Sinne des Gesetzbuches oder als Handelsgesellschaften anzusehen sind[5]).

Andere Gesellschaften fallen nicht unter Art. 19. Bezüglich der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften s. § 10 des Gesetzes vom 1. Mai 1889.

4) Verpflichtet.

Im Allgemeinen ist diese Verpflichtung eine disziplinäre; das Gericht hat von Amtswegen den Zuwiderhandelnden mit Ordnungsstrafen anzuhalten, die Eintragung zu bewerkstelligen. Daraus folgt, daß, wer sich einer Firma bedient, wer Handelsgeschäfte gewerbemäßig betreibt, auch seine Firma eintragen lassen muß; er hat nicht die Wahl, ob er für die Zukunft sich des bisherigen Geschäftsbetriebes enthalten oder seine Firma eintragen lassen will; er ist zum Letzteren verpflichtet, und kann sich dann des Fortbetriebes entschlagen, die Firma löschen lassen[6]).

Uebrigens läßt sich auch ein civilrechtlicher Zwang zur Erfüllung dieser Verpflichtung denken. Gesetzt den Fall, A leiht dem B 10 000 Mark, wogegen sich B verpflichtet, ein Geschäft mit Holzschnitzereien zu etabliren; hier hat A unzweifelhaft eine Civilklage gegen B auf Erfüllung der ihm als Kaufmann obliegenden Verpflichtung, die Firma im Handelsregister eintragen zu lassen[7]).

Ebenso wird es vorkommen können, daß Jemand, indem er z. B. zur Errichtung eines Geschäftes Geld vorschießt, sich vertragsmäßig ausbedingt, daß dieses Geschäft unter einer bestimmten Firma betrieben werde, in welchem Falle er gleichfalls ein prozessualisch verfolgbares Recht auf Vertragserfüllung hat.

Aber auch ohne speziellen Vertrag ist wenigstens bei Gesellschaften der Vollzug des Art. 19 civilrechtlich erzwingbar[8]). Gesetzt, der persönlich haftende Gesellschafter oder der mit der Geschäftsführung allein betraute offene Gesellschafter

---

5) Eine positive Ausnahme von der Pflicht zur Anmeldung zum Handelsregister macht § 66 des Bankgesetzes vom 14. März 1875 bezüglich der Reichsbank; hinsichtlich der vom Staate betriebenen kaufmännischen Institute wird überwiegend angenommen, daß eine Registerpflicht nicht bestehe; s. das zu Art. 10 unter Nr. 15 Bemerkte, insbesondere Note 68.

6) Denn man kann nicht sagen, er bedient sich einer ihm nicht zustehenden Firma; die Firma steht ihm allerdings zu, es findet also nur Art. 26 Abs. 1, nicht Abs. 2, Anwendung. Dies ist übrigens nicht etwa blos eine juristische Subtilität, vielmehr für die Gläubiger unter Umständen von bedeutendem Interesse.

7) Man könnte einwenden, daß hier das vermögensrechtliche Interesse fehle, allein es lassen sich sehr wohl Umstände denken, in welchen auch ein solches vorliegt.

8) In vielen Fällen wird natürlich die Anzeige einer solchen Unterlassung beim Beamten des Handelsregisters schneller zum Ziele führen; doch läßt sich denken, daß dies nicht immer genüge, z. B. wenn der andere Gesellschafter das Vorbringen in Abrede stellt.

würde es unterlassen, die nöthigen Schritte zum Behufe der Eintragung vorzunehmen, so würde unzweifelhaft ein klagbares Recht auf Erfüllung vorhanden sein. Hinsichtlich der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien bestehen über die Folgen der Nichteintragung besondere rechtliche Bestimmungen, worüber die Art. 178 und 211 zu vergleichen sind.

5) Handelsgericht, in dessen Bezirk seine Handelsniederlassung sich befindet.

Das Geschäft, indem es seiner Natur und seinem Zwecke nach bestimmt ist, nach Außen wirksam zu sein, bedarf zur vollständigen Existenz einer äußerlich sichtbaren und erkennbaren Form, es bedarf verschiedener Einrichtungen, Hülfsmittel und Organe, durch die der Geschäftsinhaber als solcher handelnd auftritt. Diese äußere Erscheinungsform des kaufmännischen Geschäftes heißt das Etablissement[9]).

Begründet wird dasselbe durch die Eröffnung des Geschäftes (durch Etablirung, Etablissement in diesem Sinne), welche durch die Ausgabe von Oblatorien, Verbreitung von Cirkularen, durch Anzeigen in öffentlichen Blättern allgemein kund gemacht zu werden pflegt, und bei den meisten Geschäften mit der Aufmachung eines Ladens, Verkauflokales, Komptoirs u. s. w. verbunden ist.

Indem der Kaufmann sich etablirt, wählt er sich einen äußerlich erkennbaren Mittelpunkt seines geschäftlichen Lebens, von welchem aus seine Operationen im Verkehrsleben geleitet, von wo die Direktiven zu den einzelnen Geschäften ertheilt und wohin die Ergebnisse der Unternehmungen zurückgeleitet werden.

Das Etablissement ist demnach der Wohnsitz des Geschäftes[10]), es ist das Domizil des Geschäftsinhabers, insoferne seine kaufmännische Persönlichkeit in das Auge gefaßt wird, neben welchem natürlich ein besonderes und anderweitiges Domizil des Geschäftsinhabers als physischer Person bestehen kann[11]). Deshalb muß er an diesem handelsrechtlichen Geschäftsdomizile in Bezug auf seine kaufmännischen Angelegenheiten Rede und Antwort stehen[12]) und deshalb muß er auch seine Firma an dem Orte des Etablissements öffentlich bekannt machen.

Das HGB. bedient sich bei Einzelkaufleuten des Ausdruckes „Handelsniederlassung", bei Gesellschaften des Ausdruckes „Sitz der Gesellschaft" (Art. 86, 151, 176 und 210). Da nun aber, wie bei Art. 21 erörtert werden wird, ein Kaufmann mehrere Handelsniederlassungen haben kann, so ist unter der in Art. 19 genannten Handelsniederlassung die Hauptniederlassung zu verstehen[13]).

---

9) Établissement bedeutet sowohl den Akt der Errichtung, als die errichtete Anstalt selbst. Vgl. hierüber Endemann § 16. Ein sehr interessantes Lübecker Erkenntniß über den Begriff „sich etabliren" siehe in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 6 S. 564, worin der Eintritt in ein schon bestehendes Geschäft als Prinzipal (z. B. durch Heirath) nicht für eine „Etablirung" erklärt wird, allerdings jedoch nur in Bezug auf den konkreten Fall eines Verbotes unter Pönalstipulation.

10) Das Handelsgesetzbuch bezeichnet daher dasselbe auch als „Sitz" des Geschäftes.

11) Thöl Thl. I S. 167.

12) Er muß sich vor Allem daselbst verklagen lassen (CPO. § 22), er muß über seine Wechselverbindlichkeiten daselbst (nicht in seiner Privatwohnung) befragt werden (WO. Art. 91) u. s. w.

13) So lautete der Ausdruck auch im Pr. E. z. B. für Aktiengesellschaften Art. 181 Abs. 4, später wurde dafür „Handelsniederlassung" gewählt (Prot. S. 171); im I. und II. E. hieß es „Niederlassung" und in Folge eines Monitums der säch-

Wie die Gesellschaft nur einen Sitz, so kann der Kaufmann für ein und dasselbe Geschäft nur eine Hauptniederlassung haben[14]) und für diese muß er vorerst die Firmaeintragung bewirken.

Die oben gegebene Definition des Etablissements gibt schon die Kennzeichen für den Begriff der Hauptniederlassung; dieselbe ist da, wo der Mittelpunkt des kaufmännischen Geschäftes ist, wo sich (wie man im gewöhnlichen Leben zu sagen pflegt) die Seele des Geschäftes befindet.

Im Allgemeinen wird die Ermittelung dieses Geschäftssitzes keiner Schwierigkeit unterliegen, da er sich nothwendigerweise sofort und leicht äußerlich erkennen lassen muß. Anlaß zu Kontroversen haben aber jene Geschäfte gegeben, in denen der gewerbemäßige Verkauf erst nach Verarbeitung der angeschafften Waaren zu erfolgen pflegt, die eigentlichen Fabrikunternehmungen[15]), da sich bei diesen die Fabrik häufig an einem anderen Orte befindet, als wo der Geschäftsinhaber wohnt. Hier ist nun selbstverständlich auf den Wohnort des Inhabers gar kein Gewicht zu legen[16]), ebensowenig auf den Ort, wo die Fabrikgebäude stehen, da hiedurch Nichts entschieden wird. Entscheidend ist vielmehr, wo der merkantile Geschäftsbetrieb stattfindet, von wo aus die kaufmännische Leitung des Ganzen ausgeht, und als äußeres Kennzeichen dient hier, wo sich das Komptoir, die Kasse, die Buchführung befinden[17]). Mag dann auch die technische Leitung an einem anderen Orte statthaben und mag auch die Fabrikation als solche die Hauptsache bilden, z. B. ihre Kosten die Kosten der Materialanschaffung weit übersteigen, der Ort der Handelsniederlassung wird dadurch nicht beeinflußt. Der Geschäftsmittelpunkt und damit die Hauptniederlassung ist und bleibt am Sitze der kaufmännischen Geschäftsleitung[18]).

6) Persönliche Unterschrift.

Es ist bereits oben mehrfach erwähnt worden, daß die Firma hauptsächlich beim schriftlichen Verkehre zur Anwendung kommt, ja daß man Firma und Unterschrift im gewöhnlichen Leben nicht selten identifizirt. Daher muß das Gesetz darauf dringen, daß jede Firmaunterschrift zur Konstatirung ihrer Aechtheit der

---

sischen Regierung (Nr. 202) wurde schließlich das Wort „Sitz" angenommen. S. auch RG. Bd. 21 S. 2 (Handelsniederlassung im Sinne des Art. 19 gleichbedeutend mit Hauptniederlassung). Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 34 S. 564 (Sitz einer Gesellschaft der Ort, wo regelmäßig Geschäfte im Namen der Gesellschaft abgeschlossen und sonstige auf deren Geschäftsbetrieb bezügliche Akte vorgenommen werden.

14) Eine und dieselbe physische Person kann dagegen allerdings verschiedene kaufmännische Etablissements und Geschäfte, daher auch mehrere Hauptniederlassungen besitzen.

15) Besonders bei Aktienunternehmungen.

16) Eben deshalb darf der Sitz einer Aktiengesellschaft z. B. nicht da gesucht werden, wo sich die Aktionäre zur Generalversammlung oder wo sich der Vorstand zu Berathungen versammelt.

17) Erk. des bayer. HAG. Sammlung Bd. 1 S. 181; ROHG. Bd. 16 S. 52.

18) Ein Erk. des Danziger Admiralitäts- und Kommerzkolleges (Busch Archiv Bd. 1 S. 395) sagt, das Komptoir sei der lokale Schwerpunkt des Geschäftes. Für Kaufleute, welche ihr Geschäft im Umherziehen betreiben, wie manche Pferdehändler, Meßkaufleute u. dgl. besteht eine eigentliche Handelsniederlassung nicht; dieselben haben demnach — soweit sie nicht als Hausirer unter Art. 10 fallen — ihre Firma bei dem Gerichte, in dessen Bezirk ihr Wohnort gelegen ist, anzumelden.

öffentlichen Kenntniß unterstellt werde. Hieraus ergibt sich, daß auch Aenderungen der Firma in derselben Weise, wie die neue Firma, durch persönliche oder beglaubigte Unterschrift angemeldet werden müssen, weshalb Art. 25 ausdrücklich auf den Art. 19 Bezug nimmt. Die allgemeine Fassung des Handelsgesetzbuches könnte zu der Annahme führen, als ob derjenige, welcher entweder gar nicht schreiben kann, oder doch neben seinem Namen nicht auch die Firma zu zeichnen vermöchte, von der Befugniß eine Firma zu führen überhaupt ausgeschlossen wäre. Allein dies würde eine zu weit gehende Auslegung sein, wie sich aus historischen und praktischen Gründen ergibt. Keines der bis zum Erscheinen des HGB. geltenden Rechte hat die Erlaubniß zum Betriebe von Handelsgeschäften von der Fähigkeit zu schreiben abhängig gemacht. Hätte man nun bei Abfassung des neuen Gesetzbuches eine so tiefgreifende Aenderung des bestehenden Rechtszustandes beabsichtigt, so hätte das Erforderniß der Schreibenskundigkeit, als ein unbedingt für jeden Kaufmann geltendes, offenbar durch eine desfallsige ausdrückliche Gesetzesbestimmung vorgeschrieben werden müssen. Dies ist nicht geschehen; ja die Worte „nebst seiner persönlichen Unterschrift" sind nur nebenbei auf den Wunsch einiger Mitglieder von der Redaktionskommission aufgenommen worden (Prot. S. 911)[19]), und es kann daher schon deshalb der Wortlaut des Gesetzes nicht in solcher Strenge aufgefaßt werden.

Praktisch würde aber dieser Ausschluß nicht nur für die durch körperliche Gebrechen am Schreiben verhinderten Personen höchst unbillig, sondern es würde die Vorschrift allgemein auch undurchführbar sein. Denn nachdem dem Gesetze zufolge jeder faktische Gewerbebetrieb von Handelsgeschäften zum Kaufmanne macht und unter das Handelsgesetzbuch fällt, so würde ein solches Verbot der Firmaführung materiell ohne Resultat bleiben, und da die Geschäfte doch geschlossen würden, so würde dies nicht nur zu Verwirrung Anlaß geben, sondern gerade die Gegenkontrahenten in Nachtheil versetzen. Es ist deshalb anzunehmen, daß, im Falle der Anmeldende unfähig ist, die Firma zu zeichnen und seine Unterschrift abzugeben, die vor dem Handelsgerichte abgegebene Erklärung und die hierüber aufgenommene Verhandlung genügen[20]), wobei übrigens, wenn die Verhinderung nur eine zeitweise wäre, die Nachholung der Unterschrift und Zeichnung anzuordnen ist[21]).

7) In beglaubigter Form.

Die Art und Weise der Beglaubigung ist im Handelsgesetzbuche nicht näher bestimmt; es muß daher eine jede nach den Landesgesetzen zulässige Beglaubigung genügen.

---

19) Vgl. Busch Archiv Bd. 3 S. 364.

20) Das Appellationsgericht zu Köslin Erk. vom 19. September 1863 hat sich der entgegengesetzten Ansicht aus dem Grunde angeschlossen, weil der Gebrauch einer Firma ihrem Begriffe nach die Fähigkeit zur Abgabe einer Unterschrift voraussetze (Busch Archiv Bd. 3 S. 363). Ebenso der oberste Gerichtshof zu Wien (Goldschmidts Zeitschrift Bd. 8 S. 541), welcher dem Schreibensunkundigen eine Frist zur Erlernung gestattet wissen will. Der im Texte adoptirten Ansicht folgen das App.-Ger. zu Marienwerder und das Königsberger Kommerz- und Admiralitätskollegium. (Vgl. Busch Archiv Bd. 2 S. 154 und Centralorgan von 1863 S. 115, ferner Goldschmidts Zeitschrift Bd. 8 S. 543.) S. auch Staub § 2 Nr. 3.

21) Centralorgan von 1863 S. 115; Puchelt Anm. 6.

Mit Unrecht wird daher die Ansicht aufgestellt, daß eine einfache Rekognitionsverhandlung vor einem Notar hiezu ungenügend sei[22]), und eine förmliche Notariatsurkunde über den Akt der Zeichnung aufgenommen werden müsse. Denn da es sich lediglich darum handelt, die Aechtheit der Unterschrift (sei es der Firmaunterschrift oder der bürgerlichen Unterschrift) sicher zu stellen und dieses eben so gut durch eine notarielle Legalisirung als mittels der Errichtung einer öffentlichen Urkunde über den Zeichnungsakt geschehen kann, so wird durch ein Beglaubigungsattest den Erfordernissen des Art. 19 vollkommen Genüge gethan. Das Gesetz hat nicht „Errichtung einer öffentlichen Urkunde" sondern nur Vorlage in beglaubigter Form vorgeschrieben[23]).

Die persönliche Zeichnung ist übrigens selbstverständlich stets nothwendig, auch wenn dieselbe nicht vor Gericht abgegeben wird; durch einen Bevollmächtigten kann Niemand zeichnen, selbst nicht durch einen Prokuristen, weil die Firma der Prokura vorangehen muß.

Art. 20.

Jede neue Firma muß sich von allen an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden.

Hat ein Kaufmann mit einem in das Handelsregister bereits eingetragenen Kaufmann gleiche Vor- und Familiennamen, und will auch er sich derselben als seiner Firma bedienen, so muß er dieser einen Zusatz beifügen, durch welchen sich dieselbe von der bereits eingetragenen Firma deutlich unterscheidet.

Pr. E. Art. 21 u. 24. I. E. Art. 22. II. E. Art. 19. Prot. S. 35, 919 ff.

1) Nachdem zufolge des Art. 15 die Firma eines Kaufmannes der Name ist, unter welchem er im Handel seine Geschäfte treibt, so kann unter demselben Namen nicht auch ein Anderer seine eigenen Geschäfte betreiben. Daraus folgt, daß die Firma eine ausschließliche ist, daß zwei physisch getrennte Personen sich als eine und dieselbe kaufmännische Persönlichkeit nur dann geriren dürfen, wenn sie Gesellschafter sind, daß verschiedene selbständige Geschäfte im Verkehrsleben nicht unter einer gemeinsamen Persönlichkeit auftreten können.

---

22) Admiralitätskolleg zu Danzig und Stadtgericht zu Magdeburg (vgl. Centralorgan von 1862 S. 16 und 17).

23) In Bayern wurde dieses nicht bezweifelt; es wurden stets die notariell legalisirten Unterschriften für genügend erachtet. In demselben Sinne hat sich die Preußische Justizministerialverfügung vom 16. Mai 1862 (pr. JMBl. S. 110; vgl. Busch Archiv Bd. 1 S. 172) ausgesprochen. In Sachsen hat ein Justizministerialreskript (Goldschmidts Zeitschrift Bd. 6 S. 574) jene Form gefordert, welche nach den Gesetzen nothwendig ist, damit eine Privaturkunde die Eigenschaft einer öffentlichen, die Diffession ausschließenden Urkunde erhalte.

Diese Gesichtspunkte bedingen den im HGB. aufgestellten Grundsatz, daß es ein Recht auf die Firma gibt, daß der Inhaber einer Firma die rechtliche Befugniß hat, jeden Anderen von dem Gebrauche derselben abzuhalten. Um diesen Satz mit den Vorschriften der Art. 16 und 18, nach welchen als Firma der Name des Geschäftsinhabers oder des Geschäftsunternehmens gebraucht werden soll, in Einklang zu bringen, bieten sich zwei Wege dar. Man kann (wie der Pr. E. gethan) die Individualisirung der Firma durch Hinzufügung eines Zusatzes anordnen, und hiefür läßt sich anführen, daß es der Billigkeit mehr entspreche, die Nothwendigkeit, seinem Namen ein Unterscheidungsmerkmal beizufügen, eher demjenigen aufzuerlegen, welcher ein ausschließliches Recht auf eine gewisse Firma erwerben will, als demjenigen, welcher lediglich von der natürlichen Befugniß Gebrauch macht, sich des ihm zustehenden Namens zu bedienen[1]). Man kann aber auch das Recht auf die Firma lediglich nach der Zeit der Eintragung im Handelsregister bemessen, und diesen Weg, welcher deshalb der praktischere ist, weil die völlige Gleichheit der natürlichen Namen immerhin einen Ausnahmsfall bilden wird, hat das Handelsgesetzbuch eingeschlagen.

2) Jede neue Firma.

Die Frage, was zu thun sei, wenn vor Erscheinen des Handelsgesetzbuches sich zwei Kaufleute derselben Firma bedient hatten, kann als nunmehr nicht mehr praktisch, übergangen werden. Dagegen ist es denkbar, daß ein zweiter Andreas Mayer sich bei dem Handelsgerichte um Eintragung meldet, nachdem der erste zwar angemeldet, aber noch nicht eingetragen ist. Hiefür gibt seinem Wortlaute nach der Art. 20 keinen Maßstab; allein dem Zwecke des Gesetzes gemäß hat hier der Handelsrichter den später Anmeldenden zur Beifügung eines Zusatzes aufzufordern[2]). Daß beide in demselben Augenblicke sich anmelden, wird schwerlich vorkommen; in diesem Falle müßte wohl, wenn eine freiwillige Uebereinkunft nicht stattfände, das Loos entscheiden[3]).

3) An demselben Orte oder in derselben Gemeinde.

Unter dem Ausdrucke Ort versteht das Gesetz den unter einem bestimmten geographischen Namen begriffenen Flächenraum ohne Rücksicht auf die politische oder administrative Zusammengehörigkeit[4]). Es kommt für den Begriff „Ort" lediglich der thatsächliche Gebrauch im Verkehrsleben und zwar innerhalb weiterer Handelskreise in Betracht[5]).

Es genügt aber nicht, wenn die verschiedenen, aber mit gleichlautender Firma auftretenden Etablissements sich an verschieden benannten Orten befinden, sofern die verschiedenen Orte zu dem Bezirke derselben Gemeinde gehören, d. i. unter einer kommunalen Verwaltung politisch verbunden sind[6]). Man hatte,

---

1) Motive zum Pr. E. S. 16.
2) Uebereinstimmend v. Hahn § 11; Behrend § 40 Anm. 48; Staub § 2.
3) Vgl. Busch Archiv Bd. 1 S. 395.
4) Es kann ein Ort in verschiedene Gemeinden, ja sogar in verschiedene Staaten gehören, vgl. v. Hahn § 5.
5) Vgl. v. Hahn a. a. O., Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 37 S. 529, Johow Bd. 8 S. 11.
6) Thöl S. 176 (§ 53 Ziff. VII) erklärt Art. 20 (und 21 Satz 2) dahin, daß in dasselbe Handelsregister nicht zwei gleichlautende Firmen eingetragen werden

wie die Prot. S. 920 ausweisen, bei dieser Vorschrift hauptsächlich diejenigen Handelsplätze im Auge, in deren Nähe sich viele Handelsetablissements befinden, deren Adressen sogar nicht selten auf den Handelsplatz lauten, die oft vom Handelsplatz aus ihre Urkunden datiren, und bei denen zwar die Orte der Etablissements verschiedene Namen haben, aber zu derselben Gemeinde gehören, wie dies häufig bei den zu einer größeren Stadt gehörigen, aber besonders benannten Vorstädten der Fall ist.

Es läßt sich nun die Frage aufwerfen, wie es zu halten sei, wenn ein solcher besonders benannter Ort erst nachträglich der Gemeinde beigefügt wird (wie solches z. B. mit den Vorstädten Gostenhof und Rennweg bei Nürnberg, mit Neuhausen, Schwabing, Bogenhausen bei München geschah). Der Kaufmann Andreas Mayer in Gostenhof und der Kaufmann Andreas Mayer in Nürnberg konnten, da sie an verschiedenen Orten und in verschiedenen Gemeinden wohnten, früher denselben Namen als Firma führen; nun wird Gostenhof zur Stadtgemeinde Nürnberg geschlagen, was ist nunmehr Rechtens? Offenbar wird hier auf die ursprüngliche Anmeldung zurückgegangen werden müssen; der später Angemeldete muß den Zusatz annehmen, denn er hätte solches auch thun müssen, wenn die Einverleibung schon vorher geschehen gewesen wäre[7]).

Durch die Bestimmung des Art. 20 (vgl. auch Art. 21) ist zugleich festgesetzt, daß die gleiche Firma auch nicht als Zweigniederlassungsfirma geführt werden könne, und zwar in der zweifachen Richtung, daß sowohl gleiche Zweigniederlassungsfirmen, als eine mit einer Hauptniederlassungsfirma gleiche Zweigniederlassungsfirma ausgeschlossen ist[8]).

Ferner kommt die gegenwärtige Bestimmung auch dann zur Anwendung, wenn ein Kaufmann sein Geschäft an einen anderen Ort verlegt; denn für diesen Ort ist seine Firma eine neue[9]).

---

dürften. Allein diese Absicht ist dem Gesetze nicht zu unterstellen; denn es wurde zwar bei den Berathungen (Prot. S. 35) anstatt der Bezeichnung „Gemeinde" auf § 17 des Oest. Entwurfes verwiesen, welcher lautet (Beil.-Bd. S. 72): „Die Protokollirung zweier oder mehrerer vollkommen gleichlautender Firmen verschiedener Handelsleute in dem Sprengel eines und desselben Handelsgerichtes ist unzulässig." Allein von Seite der Redaktionskommission ist der erstgewählte Ausdruck nicht geändert worden. In der zweiten Lesung wurde vielmehr bemerkt (Prot. S. 920), daß man unter dem Worte Gemeinde wohl allenthalben einen politischen Verband mehrerer Orte unter derselben Verwaltung verstehen werde. Hienach ist also die wirkliche politische Gemeinde als im Gesetze gemeint anzunehmen und dieser Begriff nach den in jedem Lande geltenden Administrativgesetzen zu ermitteln.

7) A. M. Puchelt Anm. 9.

8) Andreas Mayer ist in München für seine Hauptniederlassung mit dieser Firma, in Augsburg für eine Zweigniederlassung mit der Firma „Andreas Mayer Filiale" eingetragen; sein Vetter Johann Andreas Mayer, welcher in München für seine Hauptniederlassung mit „J. A. Mayer jr." eingetragen ist, kann für seine Zweigniederlassung in Augsburg weder mit „Andreas Mayer" noch mit „Andreas Mayer Filiale" eingetragen werden. Das Königsberger Kommerz- und Admiralitätskolleg hat sogar angenommen, daß das Handelsgericht des Ortes der Zweigniederlassung an die Entscheidung des Handelsgerichtes des Ortes der Hauptniederlassung nicht gebunden ist, und eine von diesem als gleichlautend nicht erkannte Firma doch noch als gleichlautend erkennen kann (Centralorgan N. F. Bd. 1 S. 51).

9) **RG.** Bd. 20 S. 171 unten.

4) Bereits bestehenden **und** in das Handelsregister eingetragenen.

Gegen die Führung einer gleichlautenden Firma ist jede bereits bestehende, d. h. zu Recht bestehende Firma geschützt[10]). Die Liquidation hat nicht ohne Weiteres das Erlöschen der Gesellschaftsfirma zur Folge; es ist also die Führung auch einer mit einer in Liquidation befindlichen Firma gleichlautenden Firma unzulässig[11]).

Das bloße Bestehen genügt aber nicht zur Begründung eines ausschließenden Rechtes. Z. B. Andreas Mayer hat seit Jahren unter seinem Namen Handelsgeschäfte gewerbemäßig betrieben, aber die Eintragung unterlassen; ein anderer Andreas Mayer beginnt ein Handelsgewerbe und läßt seinen Namen in das Register eintragen; nun beantragt auch der Inhaber der längst bestehenden Firma die Eintragung, hier muß er dem jüngeren weichen.

5) Gleiche Vor- und Familiennamen.

Die Fassung dieses Satzes betrifft nur den Fall, daß zwei Kaufleute denselben bürgerlichen Namen führen; allein derselbe findet in doppelter Richtung eine ausgedehntere Anwendung. Vor Allem ist derselbe maßgebend, wenn ein bereits eingetragener Kaufmann zwar nicht denselben bürgerlichen Namen wie der neu auftretende besitzt, jedoch der bürgerliche Name des neu Auftretenden der, vermöge eines Rechtsüberganges, einem bereits eingetragenen Kaufmanne zustehenden Firma gleich ist. Z. B. Andreas Maier beerbt in Gemeinschaft mit seiner Schwester seinen Onkel Bartholomäus Fischer, welcher eine Spezereihandlung besaß; gemäß Erbvergleiches übernimmt Andreas Maier dieses Geschäft und führt die bisherige Firma fort; ein anderer enterbter Neffe des verlebten Fischer, der gleichfalls Bartholomäus heißt, will sich unter seinem eigenen Namen etabliren. Obwohl nun der Neffe Bartholomäus Fischer mit dem als Inhaber der Spezereihandlung „Bartholomäus Fischer" eingetragenen Andreas Maier keineswegs gleiche Vor- und Familiennamen hat, findet doch Art. 20 Abs. 2 Anwendung.

Es kommt nicht darauf an, ob zwei Kaufleute denselben Namen haben, sondern ob sie mit demselben firmiren wollen. Der Kaufmann Andreas Maier ist, wie in der vorigen Note erörtert, als Inhaber der Firma Bartholomäus Fischer eingetragen. Sein Neffe, der junge Andreas Maier, etablirt auch ein Geschäft und meldet seinen Namen als Firma an. Obwohl hier der junge Andreas Maier mit dem im Handelsregister eingetragenen älteren Andreas Maier gleichen Vor- und Familiennamen hat und sich desselben als seiner Firma bedienen will, findet Art. 20 Abs. 2 doch keine Anwendung[12]).

Andererseits findet die Gesetzesvorschrift auch auf die Gesellschaftsfirmen Anwendung[13]). Z. B. Wenn Andreas Maier und Balthasar Fischer sich als offene Handelsgesellschaft unter der Firma „Maier u. Fischer" haben eintragen lassen,

---

10) Vgl. ROHG. Bd. 6 S. 248.
11) Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 37 S. 529. Anders, wenn die Liquidation bereits beendet, die Firma also thatsächlich erloschen ist, sollte sie auch im Handelsregister noch eingetragen sein. RG. Bd. 29 S. 66.
12) Vgl. Prot. S. 920.
13) Ebenso Puchelt Anm. 4.

so können Karl Maier und David Fischer, obwohl sie nicht gleiche Vornamen haben und sich auch ihrer vollen bürgerlichen Namen nicht als Firma bedienen wollen und sonach die Voraussetzungen des Abs. 2 ihrem Wortlaute nach nicht gegeben sind, dennoch die Firma „Maier und Fischer" nicht eintragen lassen.

Ferner:

Wenn eine Tuchfabrik auf Aktien sich als „Tuchfabrik zu Nürnberg" hat eintragen lassen, so muß eine zweite Aktiengesellschaft, welche eine Tuchfabrik in Nürnberg errichtet, der vom Gegenstande ihrer Unternehmung entlehnten Firma „Tuchfabrik zu Nürnberg" einen deutlich unterscheidenden Zusatz beifügen.

6) Deutlich unterscheidet.

Wenn bei Beurtheilung der Frage, ob in einem bestimmten Falle zwei Firmen sich wirklich deutlich unterscheiden, die richtige Entscheidung getroffen werden soll, so muß auf die Absicht des Gesetzes zurückgegangen werden, welche dahin gerichtet ist, daß Niemand in Ausübung der von ihm öffentlich kundgegebenen kaufmännischen Persönlichkeit beeinträchtigt werden dürfe. Es ist deshalb vollständig nach den besonderen Umständen des Falles zu entscheiden, wie weit die Unterscheidungsmerkmale auszudehnen sind. Unter gewöhnlichen Verhältnissen wird die Abkürzung der Vornamen[14]), die Beisetzung von junior, Sohn ꝛc., oder ein Zusatz nach der Geschäftssphäre, nach dem Orte oder der Straße genügen; denn für die Geschäftskunden liegt darin ein kennbares Merkmal. Es ist z. B. keine Benachtheiligung für den Eisenhändler „Friedrich Mayer" zu besorgen, wenn sich an demselben Orte eine Hopfenhandlung als „F. Mayer" etablirt.

Dagegen ist, sobald es sich zeigt, daß eine dolose Konkurrenz getrieben werden soll, auf entschiedene Unterscheidungsmerkmale zu dringen[15]).

7) Eine gegen die Vorschrift des Art. 20 verstoßende Firma wird in der Regel nicht eingetragen werden. Wenn der Eintrag gleichwohl erfolgt, so steht dem in seinem Rechte Verletzten der Weg der Klage nach Art. 27 offen[16]). Hie-

---

14) v. Hahn § 3 macht mit Recht darauf aufmerksam, daß eine Abkürzung welche doch immer ausgelesen wird, z. B. „Friedr.", wo Jedermann „Friedrich" ausspricht, niemals genügen werde, wohl aber sind F. C. Müller und Friedrich Carl Müller verschiedene Firmen. Ob eine Gesellschaft mit „et Co." oder „et Cpie." oder „et Compagnie" firmirt, kann gleichfalls als Unterscheidungsmerkmal nicht betrachtet werden.

15) Das Reichsgericht (Entsch. Bd. 20 S. 74) hat sich gegen diesen Satz ausgesprochen und seinen Standpunkt damit begründet, daß die Eintragung einer Firma nicht für bestimmt geartete kaufmännische Geschäfte geschehe, sondern für kaufmännische Geschäfte jeder Art, unter denen der Inhaber beliebig variiren könne (vgl. Note 2 zu Art. 19). Wenn dies auch als richtig zugegeben werden muß, so hindert dieses Argument doch nicht, daß, wenn bei der Anmeldung ein bestimmter Geschäftsbetrieb angegeben wird und derselbe mit dem Geschäfte einer schon am nämlichen Orte bestehenden und in's HR. eingetragenen Firma identisch ist, der Registerrichter eine besonders deutliche Unterscheidung der neuen Firma von der älteren zu verlangen hat, sobald namentlich die Befürchtung einer dolosen Konkurrenz nahe liegt. Mittel zur Hintanhaltung einer fraudulosen Handlungsweise (daß z. B. die Firma für ein Geschäft anderer Branche angemeldet wird, der Inhaber aber sofort ein Geschäft der gleichen Branche wie das der alten Firma betreibt), gibt das Gesetz allerdings nicht an die Hand.

16) Die Praxis ist reich an derartigen Prozessen, wobei jedoch häufig mehr der Schutz der Etiquette als der Schutz der Firma im Spiele ist. Beispiele geben

von abgesehen kann die Verfügung des Richters, mag sie den Antrag auf Eintragung ablehnen oder ihm stattgeben, durch Beschwerde angefochten werden[17]).

Art. 21.

Die Firma muß auch für die an einem anderen Orte oder in einer anderen Gemeinde errichtete Zweigniederlassung bei dem für die letztere zuständigen Handelsgerichte angemeldet werden.

Besteht an dem Orte oder in der Gemeinde, wo die Zweigniederlassung errichtet wird, bereits eine gleiche Firma, so muß der Firma ein Zusatz beigefügt werden, durch welchen sie sich von jener bereits vorhandenen Firma deutlich unterscheidet.

Die Eintragung bei dem Handelsgerichte der Zweigniederlassung findet nicht statt, bevor nachgewiesen ist, daß die Eintragung bei dem Handelsgerichte der Hauptniederlassung geschehen ist.

Pr. E. Art. 25. I. E. Art. 23. II. E. Art. 20. Prot. 37.

1)*) Der gewerbemäßige Betrieb des Handels, welcher die Kaufmannseigenschaft begründet, wird, wie oben erörtert, dadurch eröffnet, daß sich der Kaufmann „etablirt", daß er sich einen äußerlich erkennbaren Mittelpunkt seines geschäft-

---

das Centralorgan Neue Folge Bd. 1 S. 220; Busch Archiv Bd. 7 S. 162 und 166; Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 8 S. 547; dann die vielfachen Eau-de-Cologne-Prozesse, vgl. Centralorgan v. 1862 S. 170 u. 280, Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 6 S. 575; endlich die berühmte Entscheidung des Pariser Appellgerichtes (Brinkmann S. 56 Note 12), in welcher der Firma „Veuve Cliquot Ponsardin" gegenüber die Firma „Cliquot et Comp.", ja sogar „Franz, Cliquot et Comp." als nicht genügend unterschieden erklärt ward. Von Entscheidungen, welche direkt auf das Handelsgesetzbuch zu beziehen sind, möge noch erwähnt werden, daß „Gebr. B—mann" und „B—mann Gebr." als sich nicht unterscheidend erklärt wurden in einem Erk. des Berliner Stadtgerichtes, abgedr. im Centralorgan v. 1864 S. 56 u. Busch Archiv Bd. 3 S. 75, während die Unterscheidung der Firma Beneke u. Co. von der Firma C. H. Beneke u. Co. als genügend erklärt wurde in einem Urtheil des OLG. Hamburg (Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 34 S. 562), bestätigt vom Reichsgericht, E. Bd. 20 S. 71 (woselbst auch bemerkt ist, daß die Bestimmung in § 18 des Markenschutzgesetzes hier nicht analog zur Anwendung zu kommen habe, s. aber Note 15). Vgl. ferner **ROHG.** Bd. 23 S. 140; Bolze Bd. 5 Nr. 198. Der Zusatz „in Liquidation" bildet kein genügendes Unterscheidungsmerkmal. **RG.** Bd. 29 S. 66.

17) Vgl. bayer. Ausführ.-Ges. z. CPO. Art. 76. Die durch wiederholte Bekanntmachung erwachsenden, in Folge der Eintragung einer gegen Art. 20 verstoßenden und deshalb nachträglich abgeänderten Firma veranlaßten Mehrkosten sollen den Betheiligten nicht abgefordert werden können. (So Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 37 S. 530.) Wer aber trägt diese Kosten? Und hat sie nicht der Anmeldende verursacht?

*) Vgl. zu dem Folgenden Behrend § 38 und die dortselbst citirte Literatur; ferner v. Völderndorff in Endemann's Hdb. Bd. 1 S. 181.

lichen Lebens wählt. Aus der Möglichkeit einer von der physischen Person getrennt gedachten Funktion der kaufmännischen Persönlichkeit[1]) ergibt sich aber sofort die Möglichkeit, daß eine und dieselbe Person (Einzelkaufmann oder Gesellschaft) Inhaber mehrerer derartiger Geschäftsetablissements sein kann. Und zwar können diese verschiedenen Geschäfte und Etablissements von einander völlig getrennt und unabhängig sein, oder aber in einem geschäftlichen Zusammenhange stehen.

Im ersten Falle tritt der Umstand, daß der Inhaber der verschiedenen Geschäfte dieselbe Person ist, nach außen zunächst nicht hervor; die Geschäfte werden unter verschiedenen Firmen abgeschlossen und der Verkehr nimmt von dem bestehenden Zusammenhange vorerst keine Notiz.

Z. B. Andreas Maier ist Inhaber der Ultramarinfabrik „Maier und Söhne in Neudorf"; sein Onkel Bartholomäus Fischer betreibt unter der Firma „Gebrüder Fischer" in Althausen eine Glashandlung. Der Onkel stirbt und hinterläßt das Geschäft dem Andreas Maier, der solches unter der alten Firma durch den bisherigen Prokuristen fortführt. Dies macht sich äußerlich im Geschäftsleben gar nicht bemerkbar. Rechtlich ist der Vorgang allerdings von großer Wichtigkeit; denn für die von Andreas Maier unter seiner ursprünglichen wie unter der erworbenen Firma eingegangenen Verbindlichkeiten haftet dessen gesammtes Vermögen und dies äußert seinen Einfluß sofort darin, daß danach der Kredit des einzelnen Etablissements sich mehrt oder mindert[2]).

Im letzteren Falle, dem des geschäftlichen Zusammenhanges der verschiedenen Etablissements, lassen sich zweierlei Verhältnisse denken. Es kann das eine Etablissement (Nebenetablissement) nur ein kaufmännisch unselbständiges, untergeordnetes Glied des anderen (Hauptetablissements) bilden, oder aber die eine Niederlassung (Zweigniederlassung) zwar keine völlig von der anderen (Hauptniederlassung) getrennte Existenz haben, jedoch eine gewisse Selbständigkeit genießen. In diesem Falle hat zwar die Zweigniederlassung keine eigene von derjenigen der Hauptniederlassung verschiedene Firma, sie gibt aber ihre kaufmännische Selbständigkeit durch gesonderte Buchführung und durch den speziellen Eintrag der Firma für sich als Zweigniederlassung äußerlich zu erkennen.

Das Nebenetablissement dagegen hat als einfache Hülfsniederlassung weder eine eigene Buchführung, noch überhaupt eine Firma, also nicht eine eigene Firma und auch nicht diejenige des Hauptetablissements als Firma des Nebenetablissements.

Ob die Etablissements eines und desselben Prinzipals verschiedene Häuser, Haupt- und Zweigniederlassungen, oder Haupt- und Neben-(Hülfs-)Etablissements sind, ist eine aus den thatsächlichen Verhältnissen zu entscheidende Frage[3]); doch

1) Vgl. die Einleitung zu diesem Titel Note 6.

2) Mit Recht hebt Thöl Thl. I § 51 N. 3 hervor, daß der Wille im Handelsverkehr entschieden auf diese Vollhaftung gerichtet ist. Vgl. auch die Citate in der Einleitung zu diesem Titel, Note 6, aus welchen erhellt, daß auch von der Haftung des Gesammtvermögens des Kaufmannes abgesehen die Vereinigung zweier Firmen in der Hand eines Inhabers rechtlich von großer Bedeutung ist.

3) Vgl. Lesse in Busch Archiv Bd. 1 S. 255 ff.; Keyßner ebend. S. 265 ff. und Bd. 2 S. 55 ff.; eine Uebersicht verschiedener Präjudizien s. ebend. Bd. 2 S. 155.

sind auch hierüber allgemeine Definitionen versucht worden[4]). Als praktische Unterscheidungsmerkmale kann man aufstellen: verschiedene Firma — verschiedene Häuser; gleiche Firma und gesonderte Buchung — Zweigniederlassung[5]); keine Firma, sondern Hülfeleistung für eine Firma — Nebenetablissement.

2) Das Gesetz verordnet die Eintragung der Firma auch für jede Zweigniederlassung, welche an einem anderen Orte oder in einer anderen Gemeinde als die Hauptniederlassung etablirt wird.

Es muß also, um einen Eintrag zu bedingen, eine Zweig-Handelsniederlassung bestehen; zum Begriffe einer Handelsniederlassung im Sinne des Handelsgesetzbuches gehört aber vor Allem eine Niederlassung, es muß sich den Ort, wo der Zweig des Geschäftes betrieben wird, eine zur Führung dieses Geschäftes berechtigte Person zum ständigen Mittelpunkte des Betriebes gewählt haben[6]); es gehört ferner dazu der Handel, es wird erfordert, daß für das betreffende kaufmännische Geschäft und von dem Orte aus, wo solches sich befindet, durch den Inhaber oder durch einen hiezu bestellten Vertreter (Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten, Beamten der Gesellschaft u. s. w.) Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden; eine Niederlassung, an welcher nur faktische Geschäfte erledigt werden, ist keine Handelsniederlassung[7]). Daher können blos gewerbliche Etablissements im engeren Sinne nicht als Zweigniederlassungen angesehen werden und bedürfen deshalb keines Eintrages in das Handelsregister.

Beispiele:

Der in Nürnberg etablirte Steinkohlenhändler Andreas Maier hat in Hof einige Gebäulichkeiten und Räume, in welchen er die aus Sachsen kommenden Steinkohlen lagert und von wo aus er dieselben je nach Bedarf weiter dirigirt. Insofern dies ein lediglich faktischer Geschäftsbetrieb bleibt, die Bestellungen in Nürnberg gemacht, von hier aus beantwortet, die Sendungen fakturirt und hier die Zahlungen eingenommen werden, kann eine Eintragung der Firma im Handelsregister zu Hof nicht begehrt werden. Oder die Baumwollspinnerei in A. betreibt

---

4) Vgl. Busch Archiv Bd. 1 S. 259.

5) Sobald das eine Etablissement (bei gleicher Firma) in den Büchern des anderen als Kreditor und Debitor gebucht wird, darf mit Sicherheit auf die Eigenschaft eines Zweigetablissements geschlossen werden; deshalb dürften die sogenannten Kommanditen nicht als Nebenetablissements, sondern in der Regel als Zweigniederlassungen anzusehen sein (vgl. Behrend a. a. O. N. 16; Cosack § 14 Ziff. 7). Das Unterordnungsverhältniß allein kann nicht entscheiden. Auch das Zweigetablissement steht, wie im Texte bereits bemerkt, immer zu dem Hauptetablissement in einem gewissen Unterordnungsverhältnisse. Die Bankkommanditen, Filialbanken, werden wenigstens in Bayern als Zweigniederlassungen angesehen und deshalb im Handelsregister eingetragen. Bezüglich der Reichsbankstellen vgl. Ges. v. 14. März 1875 §§ 36—38. Daß in einer Zweigniederlassung immer ein Gesellschafter oder Prokurist thätig sein müsse (wie ein Erk. des Berliner Kammergerichtes bei Busch Archiv Bd. 2 S. 57 annimmt), ist keineswegs nöthig; auch ein Handlungsbevollmächtigter oder sonstiger Bevollmächtigter ist hiezu geeignet. Vgl. Busch Archiv Bd. 1 S. 268.

6) Vgl. Busch Archiv Bd. 6 S. 129.

7) Lutz, Kommentar zum bayer. Einf.-Ges. S. 188. Sammlung handelsgerichtl. Entscheidungen in Bayern Bd. 1 S. 181 und das in Busch Archiv Bd. 3 S. 59 abgedruckte Erk. des österreichischen Oberlandesgerichtes zu Wien vom 12. Januar 1864.

ihre Geschäfte in A.; von dort geschehen die Baumwolleneinkäufe, sowie die Garnverkäufe, dagegen wird die Fabrikation des Garnes selbst in B. betrieben; hier ist dieses Fabriketablissement keine Zweigniederlassung.

Es sind demnach als Zweigniederlassungen jedenfalls diejenigen Niederlassungen nicht einzutragen, welche, für sich allein bestehend, als kaufmännische Etablissements nicht gedacht werden können. Daß der Inhaber eines Hauses, in welchem Kohlen eingelagert werden, dadurch nicht zum Kaufmanne wird, ist gewiß[8]); andererseits ist zwar eine Fabrikanstalt, wenn sie auch das zu verarbeitende Material nicht selbst anschafft, ein Handelsetablissement (Art. 272 Ziff. 1); allein es versteht sich von selbst, daß hier mit der lediglich technischen Anstalt eine merkantile Thätigkeit verbunden sein muß; es läßt sich also eine Fabrik ohne derartige Thätigkeit als kaufmännisches Etablissement nicht denken; darum ist eine solche Fabrik auch nicht als Zweigniederlassung der an einem anderen Orte befindlichen kaufmännischen Betriebsstätte anzusehen. Ganz anders würde die Sache dann liegen, wenn auch von dem technischen Etablissement eine kaufmännische Thätigkeit ausginge, wenn also z. B. in dem Kohlenlager zu Hof gleichfalls direkt Kohlen abgegeben und Zahlungen dafür eingenommen würden u. s. w.

Damit einer Niederlassung die Eigenschaft einer Zweigniederlassung zukomme, ist endlich erforderlich, daß dortselbst von dem bestellten Vertreter Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden, d. h. daß der Vertreter mit einer gewissen Freiheit und Selbständigkeit der Entschließung handeln kann, nicht lediglich die Weisungen, welche ihm von der Hauptniederlassung zugehen, zu befolgen hat, und zwar müssen es wesentliche, zu dem eigentlichen Geschäftsganzen der Hauptniederlassung gehörige, nicht nur nebensächliche, die Ausführung wesentlicher Geschäfte unterstützende und erleichternde Geschäfte sein; auch muß dieser abgezweigte Geschäftsbetrieb nicht nur zu vorübergehenden Zwecken, sondern für die Dauer eingerichtet sein[9]).

Sind diese Voraussetzungen gegeben, dann kommt es auf den Namen der Zweiganstalt nicht an[10]). Unwesentlich ist ferner, ob der Beauftragte zur Vertretung des Handelsgeschäftes nach jeder Richtung hin im vollen Umfange befugt oder ob ihm eine gewisse Grenze gezogen, ein bestimmter Geschäftskreis zugewiesen ist, wie es auch unerheblich erscheint, daß für den Geschäftsbetrieb der Zweigniederlassung keine besondere Lokalität eingerichtet ist[11]).

Hienach entscheiden sich die einzelnen in dieser Materie bereits entstandenen Kontroversen.

a) Generalagenturen, Hauptagenturen, Subdirektionen (insbesondere von Versicherungsgesellschaften) sind in der Regel abgesonderte selbstständige Etablissements, welche die einzelnen Geschäfte ohne nähere Weisungen

---

8) Deshalb wurden auch Holzfelder, Schneidemühlen und Schiffswerfte als Zweigetablissements nicht betrachtet; Busch Archiv Bd. 1 S. 395.

9) Vgl. **ROHG.** Bd. 14 S. 403, Bd. 17 S. 315; **RG.** Bd. 2 S. 388; Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 34 S. 563, 565; Johow u. Küntzel Bd. 5 S. 22.

10) **ROHG.** Bd. 14 S. 403.

11) Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 34 S. 563.

abschließen, die Gelder einnehmen und auszahlen, aus den Geschäften als Prozeßpartei verklagt werden und klagend auftreten, während sie alles dieses nicht im eigenen, abgeschlossenen Interesse, sondern für das Hauptgeschäft und als integrirenden Theil der allgemeinen Geschäfte vornehmen. Sie sind daher als Zweigniederlassungen anzusehen[12]). Den Unteragenturen gehen alle diese Eigenschaften und Befugnisse ab[13]); sie sind deshalb als Zweigniederlassungen nicht zu erachten.

Auf den Namen kommt es jedoch, wie bemerkt, nicht an[14]); wenn eine als „Hauptagentur" benannte Niederlassung die Geschäfte nicht selbständig abschließen kann, die Policen z. B. nicht ausfertigt, die Quittungen nicht ausstellt u. s. w., dann ist sie keine Zweigniederlassung, sondern ein gewöhnliches Hülfsetablissement[15]).

b) Eisenbahnstationen (deren Verwaltungen) sind als Zweigniederlassungen nicht anzusehen[16]). Derartige Verwaltungen sind nicht Mittelpunkte eines von der Hauptniederlassung abgezweigten für sich bestehenden und in sich abgegrenzten Geschäftsbetriebes, welcher nur dem Zwecke nach mit dem Hauptgeschäfte zusammenhängt und diesem untergeordnet ist, sondern diese Stationen stellen sich lediglich als Hülfsetablissements dar, welche zur Ausführung des von dem Mittelpunkte des Unternehmens aus geleiteten und dort zusammengefaßten Zweckes behülflich sind[17]). Als selbständige kaufmännische Etablissements können dieselben daher in der Regel nicht angesehen werden; sie sind (wie Goldschmidt sich ausdrückt) nicht Pertinenz, sondern Theil des Hauptunternehmens.

Anders natürlich entscheidet sich die Frage, wenn an diesen Stationen noch sonstige, an sich kaufmännische Nebengeschäfte betrieben werden, z. B. die Produktion von Gas über den eigenen Bedarf hinaus oder, wie bei der Taunusstation in Castel, die Rheinüberführung von Reisenden und Gütern u. s. w.[18]).

3) (Abs. II). Ueber die Erfordernisse des Unterscheidungsmerkmales ist bereits

---

12) ROHG. Bd. 14 S. 403; Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 34 S. 563.

13) Vgl. Centralorgan 1862 Nr. 28, 30, 40, 112, 1863 Nr. 9, 17, 44; Busch Archiv Bd. 1 S. 396, 580, aber auch Bd. 2 S. 50. Bestimmte äußere Kennzeichen gibt die sächsische Verordnung vom 24. März 1862 an (Goldschmidt's Ztschr. Bd. 6 S. 582, Busch Archiv Bd. 1 S. 531).

14) S. Note 10.

15) Vgl. Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 34 S. 564; Busch Archiv Bd. 1 S. 191.

16) Die entgegengesetzte Ansicht wird vertreten in der Entscheid. der großherz. gothaischen Gerichte betr. die Thüringer Eisenbahngesellschaft (Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 6 S. 583 u. Busch Archiv Bd. 1 S. 145), in einem Erk. des HG. zu Mainz (Busch Archiv Bd. 5 S. 124) und einem Erk. des Berliner Stadtger., betr. die Berlin-Potsdam-Magdeburger Eisenbahn (Archiv f. W. R. Bd. 12 S. 283 und Centralorgan v. 1863 S. 231); ferner von Staub § 1 a. E.; Gaupp, Kommentar zur CPO. § 22 N. II 1.

17) Ebenso: Erk. des Kammergerichtes zu Berlin (Centralorgan Neue Folge Bd. 1 S. 53, citirt bei Busch Bd. 5 S. 246 und in Goldschmidt Zeitschrift Bd. 8 S. 548); dann Erk. des Appell.-Ger. der freien Stadt Frankfurt (Busch Archiv Bd. 2 S. 290); ferner Erk. des Obergerichtes zu Mainz (Busch Archiv Bd. 6 S. 128); auch Lesse in Busch Archiv Bd. 2 S. 285 und Goldschmidt a. a. O. S. 549; Ackermann ebend. Bd. 6 S. 197; ROHG. Bd. 14 S. 403; RG. Bd. 2 S. 391; Brendel in Gruchot's Beiträgen Bd. 33 S. 223.

18) Vgl. Behrend § 38 N. 23.

oben gesprochen; meistens wird schon aus der Bezeichnung als Zweigniederlassung, wenn solche durch Worte wie Kommandite, Filiale u. dgl. in der Firma vorkommt, das Unterscheidungsmerkmal gegeben sein.

4) Der letzte Absatz dieses Artikels wurde erst in der dritten Lesung beigefügt[19]. Man wollte dadurch insbesondere die bei Kommanditgesellschaften, Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien bestehende Möglichkeit abschneiden, daß eine solche zwar in das Handelsregister eines Ortes, an welchem dieselbe eine Zweigniederlassung hat, eingetragen ist, auch die vorgeschriebene Veröffentlichung geschehen, die Eintragung am Orte der Hauptniederlassung aber noch nicht erfolgt ist, und die mit der Gesellschaft in Geschäftsverbindung stehenden Personen dadurch zu Schaden kämen, daß die Eintragung nachträglich für unwirksam erachtet werden müßte. Nun steht aber die Wahl des Ortes der Handelsniederlassung (vom civilrechtlichen Standpunkte aus) Jedermann frei und die Thatsache, daß ein Etablissement als Zweigetablissement angesehen werden solle, kann vom Richter, wenn nicht eine ausdrückliche darauf gerichtete Erklärung oder eine Bezeichnung des Etablissements als Zweigniederlassung in der Firma vorliegt, nicht entnommen werden. Demnach enthält der Art. 21 Abs. 3 nicht ein absolutes Verbot der Eintragung eines Zweigetablissements ohne Nachweis des Eingetragenseins der Hauptniederlassung, sondern eigentlich nur die Bestimmung, daß der die Firma einer Zweigniederlassung zum Eintrage Anmeldende, wenn er nicht eine bereits anderwärts erfolgte Eintragung derselben als Firma einer Hauptniederlassung nachweist, alle jene Voraussetzungen darzuthun hat, unter welchen eine Eintragung im Handelsregister überhaupt stattfinden soll[20]. Denn da eine jede Nebensache ihrem Begriffe nach eine Hauptsache voraussetzt, so ist auch der Eintrag einer Zweigniederlassung durch einen schon bestehenden Haupteintrag bedingt; außerdem erscheint dieser erste Eintrag als der Haupteintrag[21].

Uebrigens ist die Vorschrift des dritten Absatzes nicht dahin zu verstehen, daß die Eintragung einer Zweigniederlassung unbedingt von dem Eintrage des Hauptgeschäftes abhänge. Befindet sich letzteres in einem ausländischen Staate, in welchem überhaupt Handelsregister nicht geführt werden, so genügt, vorausgesetzt, daß die Firma den Vorschriften des HGB. entspricht, der Nachweis über die rechtsgültige Errichtung des Hauptgeschäftes. Es ist dann die inländische Niederlassung im Interesse des Publikums, welches über die wahre Sachlage unterrichtet werden soll, als Zweigniederlassung des ausländischen Geschäfts, nicht als Hauptniederlassung einzutragen[22].

---

19) Prot. S. 4661.

20) Vgl. die sächsische Verordnung v. 4. April 1862 in Goldschmidt's Zeitschrift, Bd. 6 S. 581 und Busch Archiv Bd. 1 S. 530.

21) Hiedurch ist zwar nicht ausgeschlossen, daß die Frage über die civile Berechtigung zur Führung der angemeldeten Firma nach den Gesetzen des Wohnortes des Anmeldenden zu beurtheilen ist; allein eine den Vorschriften der Art. 16, 17 u. 18 nicht entsprechende Firma eines Ausländers kann, weil diese Vorschriften zu den allgemein zwingenden gehören (Savigny, System Bd. 8 S. 36 u. 38), im inländischen Handelsregister nicht eingetragen werden, wenn auch der Inhaber zur Führung derselben für seine im Auslande befindliche Handelsniederlassung nach den ausländischen Gesetzen befugt ist. Die Entschließung des k. Sächsischen Justizministeriums vom 2. Mai 1863 (in Busch Archiv Bd. 2 S. 139) dürfte deshalb nicht zu billigen sein. Vgl. Puchelt Anm. 5.

22) Vgl. Johow und Küntzel Bd. 3 S. 11; Goldschmidt's Zeitschrift

5) Das HGB. bestimmt nicht näher, in welcher Weise Zweigniederlassungen eingetragen werden sollen. In Folge der Unklarheit, welche über den Begriff der Zweigniederlassung selbst herrscht, mußten auch über die Form der Eintragung Kontroversen entstehen. Es wird nämlich gestritten, ob bei der Eintragung der Hauptniederlassung in das Handelsregister des Ortes, wo sich dieselbe befindet, zugleich die Zweigniederlassung mit angezeigt werden müsse, welche der Inhaber der Hauptniederlassung an einem anderen Orte hat, und umgekehrt, ob bei dem Eintrage der Zweigniederlassung zugleich deren Hauptniederlassung mit angezeigt werden müsse.

In manchen Einführungsgesetzen, z. B. im Badischen[23]) und im Bayerischen[24]) ist letzteres bestimmt (Bayer. Instrukt. vom 30. April 1862 § 10 u. 11). Aber auch wo solches nicht der Fall sein sollte, folgt es aus dem Begriffe der Zweigniederlassung, welche nur in Bezug auf eine Hauptniederlassung gedacht werden kann[25]). Man muß sogar bezweifeln, ob nicht in der Firma der Zweigniederlassung selbst dieses Merkmal deutlich hervortreten sollte, wie dies in den Hauptfällen ohnehin regelmäßig zu geschehen pflegt, indem nur dadurch Irrungen und Täuschungen des Publikums vermieden werden können.

Eine Bank z. B. bezeichnet ihre Zweigniederlassungen stets als Filialbank oder dergleichen; auch andere Aktiengesellschaften werden in ähnlicher Weise ihre Hauptniederlassung von der Zweigniederlassung durch den Namen unterscheiden.

Art. 22.

Wer ein bestehendes Handelsgeschäft durch Vertrag oder Erbgang erwirbt, kann dasselbe unter der bisherigen Firma mit oder ohne einen das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatz fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben oder die etwaigen Miterben in die Fortführung der Firma ausdrücklich willigen.

Pr. E. Art. 26. I. E. Art. 24. II. E. Art. 21. Prot. S. 38 ff., 920 ff.

1) Das Prinzip, daß die Firma ihren Träger so genau als möglich bezeichnen

---

Bd. 34 S. 565. Bezüglich der Aktienkommandit- und der Aktiengesellschaften s. Art. 179 und 212, sowie die Ausführungen zu Art. 179, insbes. Ziff. III.

23) Vollzugsverordnung § 20.

24) Abgedruckt bei Lutz, Kommentar S. 52.

25) Dieselbe Ansicht vertritt Busch im Archiv Bd. 1 S. 169. Eine andere Ansicht hat das Preußische Justizministerium vertreten, vgl. Busch Archiv Bd. 1 S. 397; auch schreibt der § 31 der Preußischen Instruktion über die Führung der Handelsregister ganz allgemein vor, daß bei der Anmeldung jeder Firma zugleich die Zweigniederlassung erwähnt werden muß, wenn die Zweigniederlassung sich in demselben Gerichtssprengel wie die Hauptniederlassung befindet; in das Register wird dann ein Vermerk über die Zweigniederlassung eingeschrieben.

müsse, kann nicht als eine ausnahmslose Regel anerkannt werden[1]); die Natur der Sache und das Interesse der Handelswelt erfordern gleichmäßig, in gewissen Fällen von ihr abzuweichen. Die Erfahrung zeigt, daß der einer Handlung gewährte Kredit häufig an der Firma haftet, und mit derselben auf den Geschäftsnachfolger übergeht, die Firma also gewissermaßen zu einem Sachnamen, zu dem Namen des Geschäftes geworden ist. Eine Aenderung derselben hat nicht selten die erheblichsten Störungen der bestehenden Geschäftsverbindungen zur Folge, so daß die Fortführung eines Geschäftes durch Erben oder andere Rechtsnachfolger des bisherigen Eigenthümers ohne die Erlaubniß der Beibehaltung der alten Firma thatsächlich auf die größten Schwierigkeiten stoßen würde. Die Handelswelt hat daher, abgesehen davon, daß die Erhaltung alter berühmten Firmen für einen Ehrenpunkt gilt, auch ein vermögensrechtliches Interesse an der Fortführung bestehender Firmen und hat demselben wenigstens im Europäischen Handelsgebrauche fast allgemein durch unbedingte Gestattung der Uebertragung der Firmen auf die Geschäftsnachfolger einen Ausdruck gegeben.

Das Handelsgesetzbuch hat in den Artikeln 22 und 24 dasselbe Prinzip angenommen und etwaige Täuschungen des Publikums durch die in Art. 25 angeordnete Publizität und durch die auf Unterlassung der Veröffentlichung solcher Firmenübergänge gesetzten Präjudizien zu vermeiden getrachtet.

2) Bestehendes Handelsgeschäft.

Der Veräußerer muß ein Handelsgeschäft bereits betrieben haben, bevor es zur Uebertragung kommt. Es ist ganz und gar unzulässig, daß der Träger eines Namens diesen als Firma für ein angeblich existirendes, in Wirklichkeit nicht bestehendes Geschäft eintragen läßt und dann dieses nur angeblich vorhandene Geschäft mit der Firma veräußert[2]). Auch genügt es nicht, wenn sich der Veräußerer, der selbst kein Geschäft betrieben hat, erst zur Erfüllung eines die Uebertragung seines Namens als Firma bezweckenden Vertrages den Komplex von Gegenständen, welche allenfalls ein Geschäft darzustellen vermögen, anschafft, um nach Eintragung seines Namens als Firma nicht etwa selbst ein Geschäft zu betreiben, sondern sofort den Namen und den angeschafften Komplex entsprechend der vorgängigen Vereinbarung auf den Gegenkontrahenten zu übertragen[3]).

Ein Handelsgeschäft und das mit einem solchen verbundene Firmenrecht be-

---

1) Diese Sätze sind den Motiven zum Pr. E. S. 17 entnommen; es dürfte aber in dieser Hinsicht den kaufmännischen Vorurtheilen zu große Rechnung getragen worden sein. Die Sicherheit des Verkehres würde wesentlich gewonnen haben, wenn wenigstens mit der erworbenen Firma stets der wirkliche Name hätte verbunden werden müssen. So wie das Gesetz jetzt liegt, ist Goldschmidt's Bemerkung (Gutachten zum Entwurf zweiter Lesung S. 26) sehr wahr, daß gerade das angebliche Prinzip der Firmenwahrheit die Täuschung des Publikums befördert.

2) Vgl. Busch Archiv Bd. 20 S. 56; **ROHG**. Bd. 6 S. 246. (In beiden Fällen war der Zweck der Manipulation augenscheinlich der, durch Benützung der zufälligen Thatsache, daß irgend eine Person Träger eines mit einer renomirten Firma gleichlautenden Namens war, dieser Firma Konkurrenz zu machen; es handelte sich im ersten Falle um die Firma J. M. Farina, im zweiten um die Firma A. W. Faber.) Vgl. ferner **RG**. Bd. 3 S. 120, Bd. 25 S. 1.

3) Vgl. **RG**. Bd. 9 S. 1.

steht aber nicht erst mit dem Eintrage der Firma in das Handelsregister[4]) und es ist daher auch die Uebertragung des Geschäftes sammt Firma von diesem Eintrage nicht abhängig[5]).

Ferner hört ein vom Uebertragenden thatsächlich betriebenes Handelsgeschäft mit der Einstellung des Betriebes noch nicht sofort auf, ein bestehendes Handelsgeschäft zu sein, solange der dazu gehörige Komplex von Vermögensstücken und geschäftlichen Beziehungen noch vorhanden ist; insbesondere ist eine Gesellschaft, welche ihre Auflösung beschlossen hat und in Liquidation steht, noch nicht erloschen, kann also ihr Geschäft sammt Firma immer noch veräußern[6]). Auch die Konkurseröffnung bringt das Aufhören des Geschäftes noch nicht mit sich[7]). Ist aber ein Geschäft wirklich erloschen, hat also der Inhaber desselben nicht nur den Betrieb aufgegeben, sondern auch des Substrates des Handelsgewerbes sich entäußert (die dazu gehörigen Gegenstände, Waaren rc. verkauft oder anderweitiger Bestimmung zugeführt, die geschäftlichen Beziehungen völlig abgebrochen rc.), so ist bezüglich der Veräußerung der Firma die Sache so anzusehen, als ob ein Handelsgeschäft unter dieser Firma überhaupt nicht bestanden hätte[8]).

Das Gesetz hat allerdings nicht unterschieden, ob das erworbene Geschäft bisher Haupt- oder Zweigniederlassung gewesen ist, und es hat sich deshalb die Kontroverse erhoben, ob nicht auch eine Zweigniederlassung mit dem Rechte erworben werden könne, die bisherige Firma fortzuführen[9]). Diese Frage dürfte jedoch zu verneinen sein. Die Motive, aus welchen die Uebertragbarkeit der Firmen vom Gesetzgeber angenommen wurde, passen zwar auf den Fall der Veräußerung eines wirklichen, in dem Verkehrsleben bekannten und wirksam gewesenen Hauptgeschäftes, nicht aber auch auf die Abtretung des Zweiges eines solchen Geschäftes und es kann nicht im Interesse des kaufmännischen Verkehres liegend erachtet werden, daß eine alte wohlrenommirte Firma durch Ueberlassung beliebiger Zweigniederlassungen in's Unendliche vervielfacht werde.

Würde man aber auch auf diese Utilitätsgründe kein Gewicht legen wollen, so müßte doch die Unzulässigkeit der Firmen-Uebertragung sich schon aus dem Begriffe der „Zweigniederlassung" und der Art des Eintrages ihrer Firma ergeben.

Eine Zweigniederlassung ist kein in sich abgeschlossenes, selbständig bestehendes und nur von sich abhängiges Geschäft; sie hat ihre Existenz durch das Hauptgeschäft und wurzelt in demselben; sobald also ein solches Geschäft von der Hauptniederlassung abgetrennt und auf sich selbst gestellt wird, hört es eben auf, eine Zweigniederlassung zu sein und wird Hauptniederlassung, es wird ein neues, bisher noch nicht vorhandenes Geschäft. Das Handelsgesetzbuch erlaubt aber nur die

---

4) Vgl. Note 4 zu Art. 15.
5) Johow und Küntzel Bd. 5 S. 24.
6) Vgl. Staub § 3; anders Busch Archiv Bd. 34 S. 296.
7) Vgl. Bolze Bd. 6 Nr. 169.
8) Auch der Erwerber des Handelsgeschäftes sammt Firma darf nach Aufhören des Geschäftes die Firma nicht für ein neues Geschäft fortführen. Vgl. RG. Bd. 1 S. 260, Bd. 9 S. 1.
9) Verneint von dem Kommerz- und Admiralitäts-Colleg zu Danzig (Centralorgan N. F. Bd. 1 S. 56; vom Kammergericht, Johow, Bd. 2 S. 17, Bd. 9 S. 17. Bejaht von dem App.-Ger. zu Marienwerder (Busch Archiv Bd. 4 S. 129); v. Hahn § 10; Behrend § 40 N. 35; Staub § 1.

Uebertragung der Firma, wenn das bestehende Geschäft, also das Geschäft, so wie es besteht, übergeht; die Zweigniederlassung als Zweigniederlassung und so, daß sie als Zweigniederlassung, wie bisher, bestehen bleibt, kann aber ihrem Begriffe nach ohne das Hauptgeschäft nicht übertragen werden, also auch nicht ihre Firma.

Der Eintrag der Firma einer Zweigniederlassung muß überdies, richtig lautend, die Eigenschaft des Geschäftes als Zweiggeschäft darthun, denn nur darin unterscheidet sich derselbe vom Eintrage eines dem gleichen Inhaber gehörigen zweiten selbständigen Geschäftes. Würde also z. B. Otto Müller die Zweigniederlassung des in Stettin etablirten Buchhändlers Leon Schulze mit der bisherigen Firma erwerben, so müßte sein Eintrag die Bemerkung „Hauptniederlassung in Stettin" beibehalten, denn eine Firma mit beliebiger Aenderung zu übernehmen, gestattet das Handelsgesetzbuch nicht. Da nun hiedurch der Eintrag ein offenbar unwahrer würde, so ist ersichtlich, daß eine solche Uebertragung überhaupt nicht zuläßig ist.

3) Vertrag oder Erbgang.

Die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes, durch welches eine Firma übertragen wird, ist nach den civilrechtlichen Vorschriften zu beurtheilen; deshalb wird es insbesondere darauf, ob Immobilien mit dem Geschäfte veräußert werden, ankommen, um ermessen zu können, ob eine notarielle (gerichtliche) Urkunde nothwendig ist oder nicht.

Uebrigens ist unter dem Ausdrucke Vertrag oder Erbgang neben der testamentarischen und Intestat- (Notherb-) Folge jedes Rechtsgeschäft unter Lebenden oder von Todeswegen zu begreifen; z. B. Verkäufe, Tauschverträge und Vermächtnisse[10]); auch bei schenkungsweiser Ueberlassung, bei einem Vergleich oder Verzicht Seitens des bisher Berechtigten wird der Art. 22 zur Anwendung zu kommen haben.

Die Verpachtung[11]) fällt gleichfalls unter die Vorschrift dieses Artikels. Zwar ist dieselbe keine Erwerbungsart im engeren Sinne, wenn darunter der Erwerb zum Eigenthum verstanden wird; allein es gehört die Verpachtung zur Veräußerung im weiteren Sinne[12]), ja es dürfte eher die Frage aufzuwerfen sein, ob der Pächter eines Handelsetablissements das Geschäft unter einer anderen als der Firma des Verpächters überhaupt betreiben dürfe, und es scheint die Meinung den Vorzug zu verdienen, welche dem Pächter die Führung des eigenen Namens als Firma nur mit Zustimmung des Verpächters gestattet wissen will, weil in einer solchen Firma-Aenderung eine wesentliche Alterirung des Pachtobjektes liegt.

Trotz rechtsgültigen Erwerbes eines Handelsgewerbes kann die Berechtigung zur Führung einer Firma auf die Einwilligung des Veräußerers dann nicht gestützt werden, wenn Dieser selbst kein Recht auf diese Firma hatte; auch der

---

10) Vgl. RG. Bd. 9 S. 81.

11) Ueber solche Verpachtungen im Allgemeinen siehe das Erkenntniß des OAG. zu Jena in Seuffert's Archiv Bd. 16 S. 532.

12) Vgl. Goldschmidt Handbuch § 47 und Sammlung handelsrechtl. Entscheidungen Bd. 2 S. 120; ferner bayer. Samml. Bd. 1 S. 11, 424.

gute Glaube des Erwerbers deckt den Mangel des Rechts des Veräußerers nicht, selbst wenn sich dieser gute Glaube auf die Eintragung im Handelsregister gründet. Das Recht auf die Führung einer Firma kann auch durch Ersitzung dem Inhaber des Familiennamens gegenüber nicht erworben werden[13]).

4) Unter der bisherigen Firma mit oder ohne einen das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatz.

Der Artikel 22 enthält eine Erlaubniß und ein Verbot; die Erlaubniß, mit Einwilligung der Berechtigten die bisherige Firma fortzuführen, das Verbot, dieses ohne Einwilligung der Berechtigten zu thun. Wie die Erlaubniß, so erstreckt sich auch das Verbot auf beide in obiger Alternative enthaltenen Fälle. Ohne Einwilligung der Berechtigten darf also der neue Erwerber seiner eigenen Firma auch nicht einen das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatz beifügen.

Wenn daher z. B. Andreas Mayer bei der Erbtheilung das Geschäft des Benno Fischer erhält, die Miterben gestatten aber die Fortführung der bisherigen Firma nicht, so darf Mayer weder „Benno Fischer", noch „Benno Fischer's Nachfolger", noch etwa „Benno Fischer's sel. Erben" firmiren.

Dies wurde bei der Berathung des Artikels ausdrücklich konstatirt[14]), und nachdem das Gesetz zwischen „vorsetzen" und „anhängen" des Zusatzes einen Unterschied nicht gemacht hat, wird auch das Anhängen eines Zusatzes an die eigene Firma nicht zu dulden sein[15]).

Indem das Gesetz lediglich gestattet, die bisherige Firma mit oder ohne Zusatz zu führen, hat dasselbe zugleich die Aenderung der Firma selbst untersagt. Dies gibt nicht nur der Wortlaut des Gesetzes zu erkennen, sondern es folgt dies auch aus den Motiven, welche zur Annahme jener Bestimmung geführt haben; denn diese passen sämmtlich nur auf die unveränderte Fortführung einer althergebrachten Firma, nicht auf Benützung einer solchen zur Umgehung der Vorschrift des Art. 19. Wenn ein Haus unter der Firma: „Anselm Moro Vater und Sohn" Jahrhunderte lang bestanden hat und in der kaufmännischen Welt einen guten Namen genießt, so mag es gebilligt werden, dem Schwiegersohne Ludwig Bernini zu gestatten, bei der Uebernahme des Geschäftes die alte Firma fortzuführen, dafür aber, daß derselbe „Anselm Moro" firmiren dürfe, besteht keinerlei Motiv.

Eine besondere Beachtung erheischt die Frage, ob und wieweit die Führung der erworbenen Firma dann gestattet ist, wenn das Geschäft einer Gesellschaft auf einen Einzelkaufmann übergeht oder umgekehrt das Geschäft eines Einzelkaufmanns auf eine Gesellschaft. Im ersteren Falle ist anzunehmen, daß die mit dem Geschäfte übertragene Firma mit oder ohne einen das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatz fortgeführt werden kann, obwohl dann die Firma auf ein nicht bestehendes Gesellschaftsverhältniß hinweist[16]).

---

13) **RG.** Bd. 25 S. 4 ff. Dort ist bemerkt, daß die Frage, ob die Ersitzung einer Firma einem sonstigen früheren Inhaber als dem Namensträger gegenüber zulässig sei, nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden sei. Vgl. aber bezüglich des Schutzes des gutgläubigen Erwerbes auch Busch Archiv Bd. 23 S. 228.

14) Prot. S. 921.

15) Es wird also in obigem Beispiele Andreas Mayer auch nicht firmiren dürfen: „Andreas Mayer, vormals Benno Fischer". Vgl. auch Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 20 S. 617; **RG.** Bd. 5 S. 113.

16) Vgl. **RG.** Bd. 15 S. 110. Zweifelhaft ist nur, ob auch die Uebernahme

Aber auch im zweiten Falle steht der Weiterführung der Firma im Allgemeinen Nichts im Wege; ob nicht aus besonderen gesetzlichen Bestimmungen oder aus dem Wesen einzelner Gesellschaften ein anderes Ergebniß abzuleiten ist, wird an entsprechender Stelle zu erörtern sein[17]).

5) Fortführen.

Der Erwerber eines Handelsgeschäftes darf, wenn ihm die Fortführung der Firma bewilligt ist, das erworbene Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortführen. Das Geschäft muß also auch in seiner Hand im Wesentlichen als dasselbe fortbestehen; es darf, wenn auch mit der Zeit gewisse Aenderungen eintreten, z. B. der Betrieb erweitert oder eingeschränkt wird, doch der Zweck des Unternehmens nicht ein vollständig anderer, der Zusammenhang mit dem übernommenen Geschäfte nicht völlig zerstört werden; der Erwerber darf also z. B. nicht unter der mit einem Konfektionsgeschäfte übernommenen Firma eine Kunsthandlung betreiben[18]).

Es ist aber ohne Relevanz, ob der neue Erwerber die bisherige Firma an demselben oder an einem anderen Orte fortbetreiben will, sofern er nur das bisherige Geschäft verlegt und nicht etwa blos die Firma auf ein anderes schon betriebenes Geschäft transferiren will. So kann z. B. Andreas Mayer, welcher bereits in Nürnberg eine Sortiments-Buchhandlung besitzt und die Verlagsbuchhandlung des Benno Fischer in Holdorf gekauft hat, unbezweifelt das Geschäft nach Nürnberg ziehen und mit Einwilligung des Fischer (welche sich übrigens auf die Transferirung nicht zu erstrecken braucht), die alte Firma fortführen; dagegen kann er diese Firma nicht auf sein bisheriges Sortimentsgeschäft förmlich übertragen[19]).

Desgleichen kann derjenige, welcher durch Erwerb Eigenthümer einer ihm an sich nicht zustehenden Firma geworden ist, auch Zweigniederlassungen mit der erworbenen Firma begründen. Hat Konrad Cunzelt mit seinem Bruder das Geschäft seines Onkels David Dunolf in München geerbt und ist durch Vertrag ihm die Firma gestattet, so ist er berechtigt, eine Zweigniederlassung unter der Firma David Dunolf in Augsburg zu errichten.

Das Gesetz räumt dem Erwerber nur eine Befugniß ein und nimmt ihm nicht das Recht, das erworbene Geschäft unter seinem eigenen Familiennamen

---

des etwa in der Firma enthaltenen Beisatzes „Aktiengesellschaft“ statthaft ist. Das cit. Urtheil des RG. entscheidet diese Frage nicht, scheint aber der Verneinung derselben zuzuneigen. Man wird Staub beistimmen müssen, welcher (in § 7) wenigstens die Fortführung einer solchen Firma ohne Nachfolgezusatz für unzulässig hält.

17) Siehe das zu Art. 168 und 209 Bemerkte.

18) Vgl. RG. Bd. 1 S. 261; Cosack § 16 Ziff. 1; Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 37 S. 531. A. M. ebendort Bd. 26 S. 1 ff.; Staub § 6. Vgl. auch Note 19.

19) Dagegen kann der praktische Erfolg allerdings dadurch erreicht werden, daß der Erwerber des Geschäftes sammt Firma sein früheres Geschäft aufgibt und dessen Inhalt im neuen Geschäfte treibt, z. B. wenn in obigem Beispiele Andreas Mayer seine Sortimentshandlung aufgibt, die Firma löschen läßt und nun die bisher nur mit Verlag sich beschäftigende Buchhandlung zugleich auf Sortimentsgeschäfte erstreckt. Vgl. aber N. 18.

als Firma fortzuführen[19a]). Thut er dies, so kann er auch später noch auf die alte Firma, deren Fortführung ihm bewilligt ist, zurückgreifen[20]).

Das Recht zur Fortführung der Firma ist ferner, wenn das Gegentheil nicht ausdrücklich vereinbart ist, nicht an die Person des ersten Erwerbers gebunden, kann vielmehr weiter übertragen werden[21]).

6) Ausdrücklich.

Das Gesetz verlangt, daß die Einwilligung deutlich zum Ausdrucke gelangt sei. Eine bestimmte Form ist hiefür nicht vorgeschrieben; vielmehr ist je nach Lage des einzelnen Falles zu beurtheilen, ob der Wille des bisherigen Firmeninhabers, dem Erwerber die Weiterführung der Firma zu gestatten, hinreichend erkennbar hervorgetreten ist[22]). Hienach ist die Annahme einer stillschweigenden Einwilligung nicht ausgeschlossen; nur wird eine solche in der Regel darin allein, daß im Vertrage die Fortführung nicht verboten ist oder daß diese nicht sofort beanstandet wird, nicht zu finden sein.

7) Willigen.

Die Einwilligung muß von allen denjenigen Personen ertheilt werden, welche ein Recht an dem Geschäfte haben[23]). War also das Geschäft bisher Eigenthum mehrerer Personen, so müssen alle einwilligen; z. B. das Banquiergeschäft: „Theodor Multer-Spengler" gehört dem Sohne und den beiden Töchtern des verstorbenen Banquiers; der Sohn verkauft für sich und als Bevollmächtigter seiner Schwestern dasselbe an den A; hier müssen die beiden Schwestern gleichfalls ausdrücklich (wenn dieses nicht schon in der Verkaufsvollmacht erwähnt ist) in die Fortführung einwilligen. Geht das Geschäft durch Erbschaft auf denjenigen allein über, welcher die Firma fortführen will, so bedarf er keiner Einwilligung Dritter; ebenso, wenn dasselbe einem von mehreren Erben mit der Firma ausdrücklich vermacht ist; in diesem Falle hat der bisherige Geschäftsinhaber in die Fortführung der Firma eingewilligt dadurch, daß er dieselbe mit dem Geschäfte auf den einen Erben übertrug. Uebrigens muß das in Art. 22 gebrauchte Wort „Miterben" allgemein aufgefaßt und nicht auf das Geschäft als solches bezogen werden. Gesetzt den Fall, der Ultramarinfabrikbesitzer Meinhold Mumberger hinterläßt sein Vermögen seinen drei Neffen Bornhelm zu gleichen Theilen, verfügt aber, sein Neffe Meinhold Bornhelm solle als Prälegat das Fabrikgeschäft mit allen Aktiven und Passiven für sich haben, so bedarf Meinhold Bornhelm zur Fortführung der bisherigen Firma immerhin der Zustimmung der beiden anderen Neffen; denn diese sind, wenn auch nicht Miterben des Geschäftes, so doch Miterben des Vermögens im Allgemeinen[24]).

19a) Unter Umständen kann allerdings der Nachfolger im Geschäfte vertragsmäßig verpflichtet sein, die Firma des früheren Inhabers fortzuführen; siehe den in der bayer. Samml. Bd. 1 S. 97 erwähnten Fall.

20) Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 37 S. 531.

21) Vgl. Bolze Bd. 6 Nr. 170.

22) ROHG. Bd. 10 S. 291.

23) Von Amtswegen ist dieselbe nicht einzuholen. Vgl. Busch Archiv Bd. 9 S. 449.

24) In wie weit der Erblasser die Fortführung der Firma letztwillig verbieten kann, s. Voigtel in Busch Archiv Bd. 10 S. 78 ff. Sind mehrere Miterben vorhanden, so steht der Widerspruch eines Einzelnen der Fortführung der Firma im

Eine besondere Erwähnung muß hier noch der Wittwen geschehen. Bei den Berathungen[25]) wurde die Frage aufgeworfen, ob nicht die Uebertragung der Firma durch Vertrag oder Erbgang auf andere Personen von der Einwilligung der Wittwe (oder, mit Beziehung auf den Nachlaß einer Ehefrau, des überlebenden Ehegatten), selbst wenn sie nicht Erbin ihres Mannes ist, ebensosehr abhängig zu machen sei, als von der Zustimmung der Erben des bisherigen Firmeninhabers. Allein diese Beschränkung wurde nicht beliebt; denn wenn auch dafür die Erwägung sprechen könnte, daß die Wittwe da, wo sie nicht zugleich als Erbin ihres Ehemannes ein materielles Interesse an dem Uebergange der Firma besitzt, doch jedenfalls ein beachtenswerthes persönliches Interesse daran hat, zu wissen und zu erwägen, an wen der Geschäftsname ihres Ehegatten übergehen solle, so ist doch die Rücksicht überwiegend, daß durch eine solche Einsprache eines an sich unberechtigten Dritten in das Eigenthum eines Anderen eingegriffen würde, solche Eingriffe aber strenge auf das Nothwendigste beschränkt werden müssen.

Die Bewilligung der Fortführung einer Firma ist als Genehmigung der Namensführung, nicht als Veräußerung eines Vermögensobjektes zu denken. Dieselbe kann daher im Konkurse über das Vermögen des Firmeninhabers nicht durch die Erklärung des Konkursverwalters ersetzt werden, d. h. dieser kann sie nicht statt des Gemeinschuldners ertheilen[26]).

Art. 23.

Die Veräußerung einer Firma als solcher, abgesondert von dem Handelsgeschäfte, für welches sie bisher geführt wurde, ist nicht zulässig.

Pr. E. Art. 27. I. E. Art. 25. II. E. Art. 22. Prot. S. 39, 41, 1431 ff.

1) Die Bestimmung des vorstehenden Artikels folgt nothwendig und unmittelbar aus dem Begriffe der Firma. Denn nachdem die Firma nur der Name des Kaufmannes als Geschäftsinhabers, in seiner Funktion als kaufmännische Persönlichkeit ist, sonach die Firma nicht als selbständige Sache, ja überhaupt nicht als Sache, sondern nur als Bezeichnung und zwar als Bezeichnung eines Rechtssubjektes erscheint, so ergibt sich, daß die Firma niemals Objekt einer Veräußerung, überhaupt einer vermögensrechtlichen Behandlung zu werden vermag[1]), sondern am Geschäfte haften muß und ohne dasselbe nicht auf einen Anderen übergehen kann[2]).

Wege. Vgl. Puchelt Anm. 5. Vgl. ferner Bolze Bd. 6 Nr. 168 wegen des französischen Rechts.

25) Prot. S. 38.

26) RG. Bd. 9 S. 104; vgl. Bolze Bd. 6 Nr. 169. A. M. Kohler, Markenschutzrecht S. 232.

1) Dadurch ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß die Befugniß, sich dieser bestimmten Bezeichnung zu bedienen, einen pekuniären Werth haben könne.

2) Ebensowenig als der Mensch seinen Namen auf einen Anderen übertragen kann; ich kann gestatten, daß ein Anderer denselben Namen führe wie ich, allein meinen Namen, so daß ich nun keinen Namen mehr hätte, kann ich ihm

Objekt der Veräußerung bleibt in diesen Fällen das Geschäft als solches; das Geschäft als ein Komplex von Sachen und Rechten, als eine vermögensrechtliche Gesammtheit, ist allein der taugliche Gegenstand für eine Veräußerung, wobei die Befugniß, die bisherige Bezeichnung fortzuführen, eine nebensächliche Frage bildet, deren Bejahung oder Verneinung das eigentliche Vertragsobjekt nicht berührt.

Wollte Andreas Mayer dem Benno Fischer seine Firma ohne das Geschäft übertragen, so wäre dies nichts Anderes, als wenn ein Privatmann dem anderen gestatten wollte, das Gesetz, welches vorschreibt, der Kaufmann habe unter seinem Namen zu firmiren, zu umgehen und mit dem ihm nicht gehörenden Namen zu zeichnen. Diese gesetzlichen Bestimmungen sind juris publici.

Indem das Gesetz es für unzulässig erklärt, die Firma ohne das Geschäft zu übertragen, hat es zugleich gestattet, dieselbe mit dem Geschäfte einem Anderen zu überlassen. Doch bestimmen die Art. 22 und 24, welche darüber nähere Vorschriften geben, daß die Firma nicht stillschweigend und kraft Gesetzes mit dem Geschäfte übergeht, sondern ausdrücklich übertragen werden muß, woraus sich ergibt, daß die Firma nicht etwa als Pertinenz des Geschäftes angesehen werden kann. Es fragt sich nun, was in den Art. 22, 23 und 24 unter Uebertragung des Geschäftes verstanden wird?

Das Geschäft ist, wie bereits bemerkt[3]), ein Inbegriff von Sachen (Waaren, Geräthschaften, Gebäuden u. s. w.), von Obligationen (Forderungen, Außenständen und Schulden, Rückständen), von Beziehungen und Verhältnissen im Verkehrsleben (Kundschaft, Geschäftsruf, Kredit, Waarenzeichen, Patentrechten u. dgl.).

Wenn nun ermittelt werden soll, was unter dem Geschäftsübergange in den erwähnten Artikeln verstanden wird, so muß vor Allem von der dritten Gruppe der Geschäftsbestandtheile abgesehen werden; denn diese hängen zumeist[4]) mit der kaufmännischen Persönlichkeit als solcher, deshalb also mit der Firma zusammen; es würde demnach lediglich ein Zirkel sein, wenn man sagen wollte, die Firma kann dann übertragen werden, wenn das Geschäft mit seiner Kundschaft u. s. w. übergeben wird[5]).

Andererseits wird nicht zu bezweifeln sein, daß bei einer Veräußerung nur der Inbegriff der Sachen, welche zum Geschäfte gehören, nach der Absicht der Parteien Vertragsobjekt sein kann.

Allein in diesem Falle wird nach den am Anfange dieses Titels gegebenen Erörterungen nicht von einer Uebertragung des Geschäftes, sondern von einer

---

nicht geben. Die Uebertragung des Geschäftes kann aber dem Uebergange der Firma vorangehen; dieser muß zeitlich nicht mit jener zusammenfallen (Bolze Bd. 8 Nr. 156). Es kann dagegen nicht unter Vorbehalt der Veräußerung des Geschäftes vorerst die Firma übertragen werden.

3) Vgl. hierüber Behrend § 37; Cosack § 14; a. M. Regelsberger in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 14 S. 12.

4) Die Kundschaft kann auch zum Theile an dem Geschäftslokale hängen, allein dies wird nicht häufig der Fall sein; wenn z. B. der bisherige Firmeninhaber unter seiner Firma neben oder gegenüber dem bisherigen Laden ein Geschäftslokal öffnet, so wird die Kundschaft eben wieder zu ihm und nicht zu demjenigen gehen, der zwar den früheren Laden hat, aber eine andere Firma führt.

5) Darin eben liegt die Spitze des Art. 23, daß man die Uebertragung der Firma nicht als Mittel benützen soll, zum Nachtheil der Gläubiger die Kundschaft einem Anderen zu überlassen.

Veräußerung der äußeren Erscheinungsmittel des Geschäftes, von einer Uebertragung des Etablissements gesprochen werden müssen, bei welcher zwar das Etablissementszeichen, der Etablissementsname, nicht aber der Geschäftsname, übergeht. Soll die Bezeichnung der kaufmännischen Persönlichkeit, das heißt die Firma, auf einen Anderen übergehen, so kann dies nur so geschehen, daß dieser Andere vollkommen in die bisherige kaufmännische Persönlichkeit eintritt, daß er das Geschäft als solches in seiner Gesammtheit übernimmt[6]), daß er die Person des bisherigen Geschäftsinhabers in seiner eigenen Person fortsetzt.

Daraus folgt, daß die Artikel 22 und 24 nur einen solchen Uebergang des Geschäftes im Auge haben, bei welchem das ganze Geschäft, die Geschäftsbestandtheile in ihrer Gesammtheit, das Etablissement, die Waaren und die Aktiven und Passiven übertragen werden, und daß der Art. 23 jede Ueberlassung der Firma, wenn nicht das Geschäft in dieser Gesammtheit übernommen wird, als unzulässig erklärt[7]).

Daß dieses die Meinung des Gesetzes ist, ergibt sich deutlich aus den Protokollen[8]), wo unter Anderem ausdrücklich bemerkt wird, „es habe bei der Diskussion der Artikel darüber kein Zweifel bestanden, daß es sich nur um solche Fälle handeln könne, in welchen das Handelsgeschäft selbst, d. h. dessen Aktiva und Passiva

---

6) Hiebei ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß einzelne Waaren, Utensilien, Forderungen, Schulden, ja Kundschaften, vorbehalten bleiben. Ich kann meine Spielwaarenfabrik mit der Firma veräußern, mir aber das indische Geschäft vorbehalten ꝛc.

7) Ebenso v. Hahn § 5 zu Art. 22; vgl. Behrend, Zeitschr. f. Gesetzgebg. und Rechtspflege in Preußen Bd. 4 S. 437, 445. — Der Ausdruck „Handelsgeschäft" ist hier im Sinne von „Handelsvermögen" gedacht. Dagegen Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 37 S. 531. Behrend in seinem Lehrbuch § 37 Anm. 34 erklärt die Veräußerung der Firma dann für unstatthaft, wenn nicht diejenigen Bestandtheile des Handelsvermögens mit veräußert werden, auf denen die Fortsetzung des Handelsbetriebs in bisheriger Art wesentlich beruht, und meint, was dazu gehöre, lasse sich nur im einzelnen Fall bestimmen. Daß die Würdigung des einzelnen Falles nicht außer Acht gelassen werden darf und daß dieselbe dahin führen kann, daß trotz des Zurückbleibens eines oder des anderen Vermögensbestandtheils beim Veräußerer der Uebergang des Geschäftes als solchen anzunehmen ist, muß zugegeben werden; für die Regel aber wird ein sicherer Schluß darauf, daß das Geschäft selbst übertragen werden wollte und zugleich eine statthafte Veräußerung der Firma erfolgt sei, nur dann gezogen werden können, wenn das gesammte Handelsvermögen auf den Erwerber übergegangen ist, wozu insbesondere die Aktiva und Passiva gehören. Vgl. auch Thöl, Theorie und Praxis des Handelsrechts Bd. 1 S. 4 ff., welcher unter Handelsgeschäft geradezu „die unter Gebrauch der bisherigen Firma begründeten Forderungen und Schulden" versteht, ferner Cosack § 14. Dagegen hat das **RG.** (Bd. 25 S. 3) ausgesprochen, daß die Uebernahme der Aktiva und Passiva nicht als nothwendiger Bestandtheil der den Erwerb des Geschäftes vermittelnden Uebertragungsakte erscheine, weil trotz Verbleibens der Aktiva beim Veräußerer und trotz Uebernahme der Ordnung der Passiva durch diesen die erforderliche Kontinuität des Geschäftsbetriebs durch die Uebertragung anderer bestimmter Geschäftsbestandtheile vermittelt werden könne. Daß letzteres im einzelnen Falle möglich ist, soll, wie gesagt, nicht bestritten werden.

8) Prot. S. 39, 41. In den Verhandlungen der zweiten Lesung Prot. S. 1431 ff. (insbes. S. 1433) sind zwar auch entgegengesetzte Ansichten kundgegeben worden, allein die Schlußabstimmung hat keineswegs ergeben, daß diese als maßgebend adoptirt worden seien.

übergehen"; und ferner, „das Gesetz verbiete mit Recht die Uebertragung einer Handlung ohne Aktiva und Passiva" [9]).

2) Welche Rechtsgeschäfte genügen, um den Uebergang eines Handlungsgeschäftes auf einen Anderen zu bewirken, ist nach den civilrechtlichen Bestimmungen zu ermessen; daß aber eine solche Uebertragung in einem Rechtsakte geschehen kann, ist nicht zu bezweifeln. Ob nun das Geschäft als solches, in seiner Gesammtheit, mit allen Aktiven und Passiven übertragen werden sollte oder nicht, ist unter Anwendung der Interpretationsregel des Art. 278 aus dem Inhalte des Vertrages zu ermitteln [10]).

Dagegen gibt die Ueberlassung und die Uebernahme der bisherigen Firma nach Art. 23 nicht blos eine Vermuthung für Uebernahme des Geschäftes im Ganzen, sondern es bewirkt dieselbe diese Uebernahme kraft des Gesetzes; wer die Firma führt, haftet unbedingt und unbeschränkt für alle Schulden und ist Gläubiger in allen Forderungen des Geschäftes, welches unter der Firma geführt wird, ohne Rücksicht darauf, welche physische Person als Geschäftsinhaber dieselben kontrahirt hat [11]).

Dies gilt nicht blos Dritten gegenüber, sondern auch unter den Kontrahenten; unter diesen kann jedoch selbstverständlich ausbedungen werden, daß der neue Uebernehmer dem früheren für die eingehenden Aktiva Ersatz leiste oder wegen der zu tilgenden Passiva Entschädigung erhalte. Hiefür spricht aber nicht etwa eine Vermuthung, vielmehr wird, so lange nicht das Gegentheil aus einer ausdrücklichen Stipulation oder aus dem Inhalte des Vertrages (z. B. wegen Mißverhältnisses des Preises) hervorgeht, eine solche Pflicht nicht anzunehmen sein [12]).

---

9) Darüber, wann die Aktiva und Passiva eines Geschäftes auf den Erwerber desselben übergehen, im Falle die Firma nicht mit übertragen wird, bestimmt das Handelsgesetzbuch nichts; es haftet allerdings auch derjenige, welcher ein Geschäft erwirbt und dasselbe unter seiner eigenen Firma betreibt, für die Geschäftsschulden den Geschäftsgläubigern, im Falle das Geschäft als solches in seiner Gesammtheit Gegenstand des Vertrages war, ob dies aber in einem bestimmten Falle beabsichtigt und geschehen sei, ist, wie unter Nr. 2 und 3 erörtert werden wird, eine faktische Frage. Vgl. das Präjudiz in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 6 S. 590. Der Unterschied liegt also darin, daß er ohne Firmaübergang die Forderungen und Schulden übernommen haben kann, mit Firmaübergang aber die Forderungen und Schulden übernommen haben muß.

10) Vgl. v. Hahn § 4 zu Art. 22 und die Erörterungen unter Ziffer 3.

11) Unter Forderungen und Schulden sind hier die actiones et debita verstanden. Ob andere Obligationsverhältnisse übergehen, bedarf besonderer Untersuchung; über den Hauptfall, ob die Engagementsverträge aufrecht erhalten bleiben, siehe unten zu Titel VI.

12) Die Frage, welchen Einfluß die Fortführung der Firma durch den Erwerber eines Handelsgeschäftes auf die Haftung aus den Geschäftsschulden und die Berechtigung hinsichtlich der Forderungen ausübe, ist außerordentlich bestritten. Während Regelsberger in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 14 S. 1 ff. und Simon ebend. Bd. 24 S. 91, sowie das ROHG. (z. B. Entsch. Bd. 1 S. 67, Bd. 2 S. 143, 153, Bd. 3 S. 364, Bd. 12 S. 159 ꝛc. ꝛc.) dem Uebergange der Firma an sich eine Bedeutung bezüglich der Aktiva und Passiva gänzlich absprechen, stimmt Thöl, Theorie und Praxis des HR. Bd. 1 S. 4 ff., Handbuch § 53 N. 22, mit der eben vorgetragenen Ansicht überein. Vgl. über diese Frage auch Ladenburg in Busch Archiv Bd. 34 S. 25, Bd. 40 S. 49 und in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 30 S. 90; Behrend in der Note 7 cit. Abhandlung und Lehrb. § 37 Zusatz III; v. Völ-

Was nun die Aktiva betrifft, so folgt schon aus den allgemeinen Bestimmungen über Cessionen, daß hier die Dritten an den Geschäftsübergang gebunden sind. Nur die Firma ist Geschäftsgläubigerin[13]), nur ihr Träger ist berechtigt, Geschäftsforderungen einzuziehen, der Schuldner, welcher dem früheren Geschäftsinhaber zahlt, tilgt seine Schuld nicht[14]).

Anders hinsichtlich der Passiva. Daß sich die Gläubiger ohne Weiteres an den Firmaträger halten dürfen, wird nicht bestritten werden können[15]); aus Art. 23 folgt sogar, daß dieses Recht selbst durch eine zwischen dem bisherigen Geschäftsinhaber und dem neuen Erwerber geschlossene Vereinbarung nicht ausgeschlossen werden kann, denn dies ist ja gerade der Zweck des Artikels[16]).

Dagegen wird man nicht zugeben können, daß sich die Gläubiger an den neuen Geschäftsinhaber halten müssen. Denn, da allgemeinen Rechtsgrundsätzen zufolge die Lage der Berechtigten ohne deren Einwilligung nicht verändert werden kann[17]), so darf denselben offenbar nicht ohne ihre Zustimmung ein anderer Schuldner untergeschoben werden[18]).

Ob dieselben aber in die Schuldübernahme eingewilligt haben oder nicht, ergibt sich aus den faktischen Umständen, wobei jedoch als Regel festgehalten werden

---

berndorff in Endemanns Hdb. Bd. 1 S. 190; Adler im Archiv v. Kohler u. Ring Bd. 3 S. 1. Das RG. anerkennt (Entsch. Bd. 2 S. 55, Bd. 17 S. 96) eine Handelssitte, wonach durch die Fortführung des übernommenen Geschäftes unter der bisherigen Firma der Erwerber den Willen kundgebe, für alle Geschäftsschulden zu haften, worauf es einer Annahme dieser Erklärung Seitens der Gläubiger nicht mehr bedürfe.

13) Ueber die Wirkungen der Nichtveröffentlichung siehe Art. 25.

14) Zu den Aktiven gehört z. B. eine Entschädigungsforderung gegen einen Handlungsgehülfen wegen Vertragsbruchs. ROHG. Bd. 1 S. 37. Die zu Gunsten einer Firma Seitens eines Dritten übernommene Bürgschaft ist als ein in der Uebertragung der Firma mit Aktiven mit einbegriffenes Aktivum des Veräußernden nicht anzusehen. (Busch Archiv Bd. 45 S. 356.)

15) Vgl. Note 12 a. E.; Cosack § 14 Nr. 5 lit. b. Im Falle des Ueberganges der Passiven haftet der Uebernehmer für alle Geschäftsschulden; dazu gehören nicht blos diejenigen, welche aus Handelsgeschäften entstanden sind, sondern alle diejenigen Verpflichtungen, welche mit dem Geschäftsbetriebe in innerer Verbindung stehen, z. B. gewisse Deliktsschulden, insbesondere wegen Marken- oder Musterschutz- oder Patentverletzung (vgl. RG. Bd. 15 S. 54, 133). Gleichgültig ist, ob der Firmenerwerber die Schulden gekannt hat; ob sie bereits fällig sind oder nicht (ROHG. B. 8 S. 385). Eine nachträgliche Uebereinkunft zwischen Veräußerer und Erwerber, daß gewisse Passiven nicht übernommen sein sollen, ist nach außen wirkungslos (ROHG. Bd. 8 S. 383). Immer sind es aber nur Geschäftsschulden, für welche der Uebernehmer haftet, nicht Privatschulden des Veräußerers der Firma. (ROHG. Bd. 8 S. 41; vgl. auch Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 37 S. 531: der Wechselgläubiger, welcher weiß, daß die Wechselschuld nicht zu den Geschäftsschulden gehört, kann den Uebernehmer des Geschäftes nicht in Anspruch nehmen.)

16) Eine solche Vereinbarung wäre den Gläubigern gegenüber wenigstens dann wirkungslos, wenn sie nicht gleichzeitig mit der Uebernahme der Firma öffentlich bekannt gemacht würde. Durch eine solche Bekanntmachung könnte die Haftung des Uebernehmers allerdings ausgeschlossen werden; vgl. Note 7.

17) Vgl. die bekannte Koderstelle: debitorum pactionibus creditorum petitio nec tolli nec mutari potest; c. 25 C. (2,3).

18) Vgl. ROHG. Bd. 6 S. 3, Bd. 8 S. 384; Bolze Bd. 3 Nr. 783.

muß, daß eine solche Entlassung des bisherigen Schuldners nicht allzuleicht anzunehmen ist. Es entscheiden hier die civilrechtlichen Grundsätze über Novation, jedoch unter Berücksichtigung der Handelsverhältnisse.

Als zwei Fälle von besonderer praktischer Bedeutung mögen folgende hervorgehoben werden:

a) Das Stillschweigen der Geschäftsfreunde auf die erfolgte Notifikation des Firmenüberganges, oder auf die Erklärung, es möge sich wegen der Rückstände an den neuen Erwerber gehalten werden, der bisherige Besitzer lehne jede Haftung ab, oder endlich auf die Aufforderung, sich binnen einer gewissen Zeit zu äußern, widrigenfalls angenommen würde, der seitherige Geschäftsinhaber sei entlastet, präjudizirt den Rechten der Gläubiger nicht. Dies hat die Praxis hinsichtlich des ersten Punktes stets angenommen[19]), die weiteren Sätze ergeben sich aus dem allgemeinen Prinzipe des Handelsgesetzbuches, daß Schweigen als Verneinung gelte.

b) Die nach erfolgter Anzeige des Geschäftsüberganges fortgesetzte Geschäftsverbindung, Mahnungen an den neuen Erwerber, die Rückstände zu tilgen, selbst Annahme von Theilzahlungen sind ebenfalls nicht für konkludente Handlungen zu achten, aus welchen eine Entlassung des früheren Firmaträgers gefolgert werden müßte[20]).

Wenn aber ein synallagmatisches Rechtsgeschäft — z. B. ein Kauf — zur Zeit der Veräußerung eines Handelsgewerbes sammt Firma (also auch mit Aktiven und Passiven) weder von dem früheren Firmeninhaber, noch von dem Gegenkontrahenten erfüllt ist und der Letztere erfüllt gegenüber dem Erwerber der Firma, so kann er auch nur Diesen und nicht den Veräußerer bezüglich der Gegenleistung (z. B. des Kaufpreises für die gelieferten Waaren) in Anspruch nehmen[21]).

Zur Fortführung eines Geschäftes mit Firma bedarf der Uebernehmer eben wegen des Uebergangs der Aktiven und Passiven nothwendig der geführten Handelsbücher; wenn daher das Gegentheil nicht ausdrücklich vereinbart ist, muß es als der Wille der Betheiligten angesehen werden, daß die Bücher an den Uebernehmer mit übergehen sollen[22]).

3) Ueber die Rechtsverhältnisse, welche aus Uebernahme eines kaufmännischen Geschäftes ohne Uebergang der Firma entstehen, hat sich das Handelsgesetzbuch nicht ausgesprochen. Es wurden verschiedene Versuche gemacht[23]), desfallsige Bestimmungen zu erzielen, allein vergeblich[24]). Deshalb hängt die Haftbarkeit in jenen Fällen, für welche das Handelsgesetzbuch keine Bestimmungen enthält[25]),

---

19) S. das Gutachten der Frankfurter Handelskammer in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 4 S. 139.

20) Vgl. das in der vorigen Note allegirte Gutachten, ferner **ROHG**. Bd. 8 S. 384. Auch durch Klagestellung gegen den Geschäftsnachfolger gibt der Gläubiger nicht ohne weiteres zu erkennen, daß er das Forderungsrecht gegen den Vorgänger aufgeben wolle. **RG**. Bd. 19 S. 253. Vgl. aber Dernburg Pand. Bd. 2 § 53.

21) **RG**. Bd. 19 S. 129. A. M. Staub § 14 zu Art. 22.

22) **ROHG**. Bd. 19 S. 419; vgl. auch Bd. 7 S. 74. (Wenn Aktiva und Passiva nicht übergehen, ist die Entscheidung bezüglich des Ueberganges der Handelsbücher nach Lage des einzelnen Falles zu treffen.)

23) S. Prot. S. 39, 279, 1439.

24) Prot. S. 42 wurde proponirt, die Haftung auch dann allgemein auszusprechen, wenn der Uebernehmer der bisherigen Firma einen Zusatz beifügt.

25) Eine Bestimmung über die Haftung für bereits früher eingegangene Ver-

davon ab, ob in der That die Absicht der Parteien auf die Uebernahme einer solchen gerichtet war, und ob dieses der Fall, werden eben deren Erklärungen oder die sonstigen vorliegenden, die Absicht der Handelnden darlegenden Umstände ergeben.

Der Wille des Uebernehmers, den Gläubigern des erworbenen Geschäftes zu haften, kann insbesondere erklärt werden durch öffentliche Bekanntmachung der Uebernahme des Geschäftes mit allen Aktiven und Passiven, oder durch besondere Bekanntmachung an eine so erhebliche Zahl von Geschäftsgläubigern, daß sich auf die Absicht schließen läßt, es solle die Geschäftsübernahme mit Aktiven und Passiven dem Kreis der Geschäftsgläubiger überhaupt bekannt werden[26]). Nur wenn auf solche Weise die Schuldübernahme den Gläubigern gegenüber ausgesprochen ist, wirkt sie zu deren Gunsten in der Art, daß dieselben den Erwerber unmittelbar in Anspruch nehmen können. Außerdem würde ein direktes Verhältniß zwischen dem Erwerber und den Gläubigern nicht entstehen und die Schuldübernahme nur die Bedeutung haben, daß der Uebernehmer den von den Gläubigern haftbar gemachten Veräußerer schadlos zu halten hätte[27]), es wäre denn die Vereinbarung, daß der Erwerber des Geschäftes auch die Schulden übernehme, als Vertrag zu Gunsten Dritter wirksam[28]).

4) Die vorstehend entwickelten Grundsätze finden, da sie auf den Anschauungen des kaufmännischen Verkehrs beruhen, auf den Uebergang eines blos handwerksmäßigen Betriebes keine Anwendung[29]).

Art. 24.

Wenn in ein bestehendes Handelsgeschäft Jemand als Gesellschafter eintritt, oder wenn ein Gesellschafter zu einer Handelsgesellschaft neu

---

bindlichkeiten enthält Art. 113 bezüglich des in eine bestehende Handelsgesellschaft Eintretenden. Anders ist dagegen der Fall zu beurtheilen, daß Jemand in das bestehende Geschäft eines Einzelkaufmanns als Gesellschafter eintritt; hiefür gelten die nämlichen Grundsätze wie für die Uebernahme eines Geschäftes. (Vgl. **RG.** Bd. 8 S. 64; ferner Art. 24.)

26) Vgl. **RG.** Bd. 17 S. 96.

27) Vgl. **ROHG.** Bd. 1 S. 68, Bd. 2 S. 46, 143, Bd. 3 S. 333 ff., S. 364, Bd. 4 S. 5 ff., S. 198, Bd. 8 S. 38, S. 383, Bd. 11 S. 149 ff., Bd. 12 S. 159, Bd. 15 S. 74 ff., Bd. 16 S. 272 ꝛc. Eine öffentliche Bekanntmachung liegt auch darin, daß der Uebernehmer (oder der in das Geschäft eines Einzelkaufmanns als Gesellschafter Eintretende, vgl. N. 25) zu Protokoll des Handelsregisters erklärt, daß er das Geschäft mit Aktiven und Passiven fortführe; denn diese Belege des Handelsregisters sind für die Oeffentlichkeit bestimmt, da sie Jedermann einsehen kann; vgl. **RG.** Bd. 8 S. 64. Uebrigens wird die Bekanntmachung nicht vermuthet, sie ist vielmehr von demjenigen, der sich darauf beruft, zu beweisen. (**ROHG.** Bd. 16 S. 273.)

28) Vgl. **ROHG.** Bd. 21 S. 232.

29) Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 34 S. 566; vgl. **RG.** Bd. 17 S. 96.

hinzutritt oder aus einer solchen austritt, so kann, ungeachtet dieser Veränderung, die ursprüngliche Firma fortgeführt werden.

Jedoch ist beim Austreten eines Gesellschafters dessen ausdrückliche Einwilligung in die Fortführung der Firma erforderlich, wenn sein Name in der Firma enthalten ist.

Pr. E. I. E. Art. 26. II. E. Art. 23. Prot. S. 39 ff., 921 ff.

1) Der Fall, daß ein Handelsgeschäft unter Beibehaltung der bisherigen Firma auf einen Anderen übergeht, welcher bisher noch nicht Inhaber der Firma gewesen ist, so daß die Firma-Inhaberschaft vollständig wechselt, ist in Art. 22 behandelt[1]). Artikel 24 behandelt dagegen den theilweisen Wechsel in der Inhaberschaft, die theilweise Aenderung in dem Personalbestande der Firmeninhaber.

Es sind dies zwei Häuptfälle: nämlich

a) daß einer Gesellschaft neue Mitglieder beitreten oder bisherige Mitglieder ausscheiden; ferner

b) daß ein von einem Einzelkaufmanne betriebenes Geschäft in den Besitz einer Gesellschaft übergeht[2]) oder ein von einer Gesellschaft betriebenes Geschäft Eigenthum eines Einzelkaufmannes wird, wenn hiebei der Einzelkaufmann Gesellschafter wird oder Gesellschafter war.

Es wird hiebei selbstverständlich vorausgesetzt, daß die bisherige Firma beibehalten und daß das bisherige Geschäft fortgesetzt werden soll.

Beispiele:

A und B betreiben unter der Firma „A & B" eine Hopfenhandlung; in dieses Geschäft tritt C ein; oder A, B und C betreiben unter der Firma A, B & C eine Hopfenhandlung und fortan wollen A und B dieses Geschäft allein fortführen.

Ferner, A betreibt unter seiner Firma ein Spezereigeschäft, in welches er nun seinen bisherigen Prokuristen B als Associé aufnimmt; oder die von A und B betriebene Tabakfabrik wird fortan von A allein betrieben.

Für den Fall, daß zwar das bisherige Geschäft fortbetrieben, die Firma aber geändert wird, bedarf es keiner besonderen Vorschriften. Wenn in obigen Beispielen der bisherige Alleininhaber des Spezereigeschäftes „A. B. Mayer" sich mit seinem Prokuristen Benno Fischer associirt und sie wollen fortan das Geschäft unter der Firma „Mayer & Fischer" fortsetzen, so ist kein Anlaß zur Anwendung des Art. 24 gegeben. Ebenso umgekehrt, wenn die Tabakfabrik „Gebrüder Fischer" auf den einen Inhaber Carl Fischer übergeht und von diesem unter seinem Namen fortan betrieben wird, findet Art. 24 keinen Raum.

Ebenso aber — und dies ist von wesentlicher Bedeutung — kann der vorstehende Artikel dann nicht zur Anwendung gebracht werden, wenn das bisherige Geschäft aufgelöst und mit der veränderten Inhaberschaft neu begonnen wird, wobei es ohne Einfluß ist, daß dieselbe Art des Handels fortgesetzt werden soll.

---

1) Hierunter fällt es, wenn ein Einzelkaufmann sein Geschäft an eine Gesellschaft veräußert oder eine Gesellschaft das Geschäft einer anderen Gesellschaft übernimmt; vgl. Note 16 und 17 zu Art. 22.

2) Daß dieser Fall hieher gehöre, ist ausdrücklich konstatirt Prot. S. 921.

Denn wenn z. B. die Tabakhandlung „Mayer & Fischer" liquidirt hat und Mayer allein in demselben Laden, mit demselben Personale u. s. w. eine Tabakhandlung beginnt, und er wollte auf Art. 24 gestützt mit Erlaubniß des Fischer die Firma „Mayer & Fischer" fortführen, so läge darin offenbar eine Zuwiderhandlung gegen die Bestimmung des Art. 23, welcher die Ablösung der Firma von dem Geschäfte verbietet. Es besteht daher kein Zweifel, daß der Art. 24 nur von solchen Fällen handelt, in welchen neben der Firma das Handelsgeschäft selbst, d. h. dessen Aktiva und Passiva, ohne völlige Liquidation desselben übergehen[3]), während anderenfalls nur von Begründung eines neuen Geschäftes gesprochen werden kann, bei welcher die Frage über die Zulässigkeit einer Firma nach den über die Errichtung neuer Firmen bestehenden Rechtssätzen zu beurtheilen ist[4]).

Daher kann unter dem Worte „austreten" nicht eine Aufkündigung und Auflösung der Gesellschaft, sondern nur der Fall des Art. 127, sowie der Fall des Art. 128 verstanden werden. In diesem letzteren Falle, wenn ein Gesellschafter ausgeschlossen wird, könnte man geneigt sein, ihm das Recht der Einsprache gegen die Fortführung seines Namens in der Firma zu versagen; allein da das Gesetz keinen Unterschied macht, so ist auch bei der Anwendung des Gesetzes kein solcher zu versuchen[5]).

2) Die Firma des Einzelkaufmannes kann (abweichend von der Bestimmung des Art. 17) auch dann fortgeführt werden, wenn in das Geschäft desselben ein Gesellschafter eintritt[6]). Es ist einerlei, ob nur einer oder mehrere Gesellschafter beitreten, ob eine offene oder eine Kommanditgesellschaft begründet wird[7]). In letzterem Falle ist jedoch zu beachten, ob der bisherige Geschäftsinhaber persönlich haftender Gesellschafter oder Kommanditist wird; tritt ersteres ein, so ist die Abweichung von Art. 17 Abs. 2 darin gelegen, daß der das Gesellschaftsverhältniß andeutende Zusatz wegbleibt; anderenfalls wird der bisherige Inhaber der Firma zwar seinem Mitgesellschafter gegenüber Kommanditist, dem Dritten gegenüber aber haftet er nach Art. 168 wie ein offener Gesellschafter.

Beispiele.

Der Spezereihändler Andreas Mayer associirt sich mit Benno Fischer oder mit Benno Fischer und Karl Huber und es wird das Geschäft unter der Firma

---

3) Vgl. die Erörterungen zu Art. 23.

4) Dies wurde ausdrücklich konstatirt in den Prot. S. 39. Bezüglich der Zulässigkeit der Veränderung des bisherigen Geschäfts s. Bem. Ziff. 5 zu Art. 22.

5) Vgl. Puchelt Anm. 2.

6) Daß die Firma beim Hinzutreten eines stillen Gesellschafters oder beim Austreten eines solchen unverändert fortgeführt werden darf, versteht sich von selbst, nachdem zufolge Art. 257 das Bestehen einer stillen Gesellschaft auf die Firma ohnehin ohne Einfluß bleibt. Würde jedoch der bisherige Alleininhaber als stiller Gesellschafter mit einem anderen Inhaber das Handelsgeschäft fortführen wollen, so müßte die Firma bei Vermeidung der in Art. 257 angedrohten persönlichen Haftung des stillen Gesellschafters geändert werden. (Beispiel: Kaspar Huber betreibt unter seinem bürgerlichen Namen als Firma ein Spielwaarengeschäft; er vereinigt sich mit Ottmar Sand in der Weise, daß dieser künftig Inhaber des Handelsgewerbes und er selbst stiller Theilhaber sein soll. Hier würde der Fortführung der Firma „Kaspar Huber" Art. 257 entgegenstehen.)

7) Bei Aktiengesellschaften findet natürlich der Artikel keine Anwendung. Vgl. Note 17 zu Art. 22.

„Andreas Mayer" fortbetrieben, anstatt „Mayer & Komp." oder dergleichen zu heißen. Oder: In das Bankgeschäft des David Müller tritt Emil Schulze als Kommanditist ein; anstatt „Müller & Komp." bleibt aber die Firma „David Müller". Oder: Fritz Schmitt und Georg Ami treten mit Heinrich Mayer in eine Kommanditgesellschaft zusammen, um des Mayer Ultramarinfabrik zu betreiben, wobei jedoch Mayer nunmehr Kommanditist sein soll. Hier kann nur dann die bisherige Firma fortgeführt werden, wenn Mayer den Gesellschaftsgläubigern gegenüber gleichwohl solidarisch haften will.

3) Gesellschaftsfirma. Wenn eine Gesellschaft nicht sämmtliche Namen der Gesellschafter in der Firma führt, so ist ohnehin kein Hinderniß vorhanden, beim Hinzutritte eines neuen Gesellschafters die Firma unverändert zu belassen. Die Firma „Mayer & Cpie." ist richtig, ob neben Mayer noch Fischer und Huber oder außer diesen noch Müller in der Gesellschaft ist. Wenn demnach Müller zu einer solchen Gesellschaft neu hinzutritt, so bedarf es des Artikels 24 nicht; ebensowenig, wenn er aus einer solchen Gesellschaft austritt. Dagegen ist ein Fall des Art. 24 gegeben, wenn zu einer aus Mayer und Fischer bestehenden aus Mayer & Fischer firmirenden Gesellschaft Müller als neuer Associé beitritt und doch auch fortan nur „Mayer & Fischer" firmirt werden soll. Ebenso, wenn aus der Gesellschaft Mayer, Fischer u. Huber der Associé Huber austritt und die bisherige Firma beibehalten werden soll, oder aus der zwischen Mayer, Fischer u. Huber bestehenden Gesellschaft, welche Mayer & Cpie. firmirt, Mayer austritt und nach wie vor Mayer & Cpie. firmirt werden soll. Desgleichen, wenn einer offenen Gesellschaft ein Kommanditist oder einer Kommanditgesellschaft ein weiterer persönlich haftender Gesellschafter oder ein weiterer Kommanditist beitritt, oder wenn aus einer Kommanditgesellschaft einer der mehreren persönlich haftenden Gesellschafter oder einer der mehreren Kommanditisten austritt. Auch der Fall ist nach Art. 24 zu beurtheilen, wenn aus einer Kommanditgesellschaft alle Kommanditisten wegfallen, z. B. wenn in der aus Mayer und Müller als persönlich haftenden Gesellschaftern, dann aus Huber und Fischer als Kommanditisten bestehenden und „Mayer, Müller & Cpie." firmirenden Kommanditgesellschaft Huber und Fischer austreten und doch der Beisatz „& Cpie." bleiben soll. Denn es ist zwar dann aus der Kommanditgesellschaft eine offene Gesellschaft geworden, allein das Gesetz hat diesen Fall nicht ausgenommen und dem Wortlaute nach fällt er jedenfalls unter die Bestimmung des Artikels 24. Ebenso findet der Artikel Anwendung, wenn alle persönlichen Gesellschafter wegfallen und einer der bisherigen Kommanditisten oder ein Dritter als persönlich haftender Gesellschafter eintritt[8]). Dagegen ist der Artikel nicht anwendbar, wenn ein persönlich haftender Gesellschafter, dessen Name in der Firma genannt ist, Kommanditist wird. Wenn bei der aus Mayer und Müller als persönlich haftenden Gesellschaftern und aus Fischer als Kommanditisten bestehenden Kommanditgesellschaft, welche firmirt „Mayer & Cpie.", Müller als persönlich haftender Gesellschafter austreten, aber als Kommanditist sich betheiligen und zugleich die Firma fortgeführt werden soll, so hat dies keinen Anstand. Ebenso, wenn Andreas Mayer, dann Benno und Karl Müller persönlich

---

8) Würde gar kein persönlicher Gesellschafter mehr vorhanden sein, so wäre natürlich überhaupt eine Kommanditgesellschaft undenkbar.

haftende Gesellschafter sind, die Firma Mayer, Müller & Cpie. heißt und Karl Müller zum Kommanditisten wird. Dagegen kann, wenn Mayer seine persönliche Haftung aufgeben und sich nur noch als Kommanditist betheiligen will, wie schon oben bemerkt, die bisherige Firma im Hinblicke auf Art. 168 nicht beibehalten werden. Daß endlich, im Falle Andreas Mayer persönlich haftender Gesellschafter und Balthasar Mayer Kommanditist ist, die Firma aber nur Mayer & Cpie. lautet, und fortan Balthasar Mayer die persönliche Haftung übernimmt, Andreas Mayer aber nur als Kommanditist sich betheiligt, die Firma bleiben kann, ist klar, aber enthält keine Anwendung des Art. 24, sondern fällt unter Art. 17 Abs. 2.

4) Der Artikel spricht ganz allgemein von dem Austreten eines Gesellschafters, und wenn auch darüber kein Zweifel sein kann, daß auch der Fall mitinbegriffen sein soll, wo mehrere Gesellschafter austreten, so fragt es sich doch, ob auch dann die Fortführung der bisherigen Gesellschaftsfirma (mit Zustimmung der in der Firma Genannten[9])) zugegeben werden könne, wenn alle Mitgesellschafter bis auf einen austreten, das heißt wenn das bisherige Gesellschaftsgeschäft auf einen der bisherigen Gesellschafter als Einzelgeschäft übergeht[10]).

Allein wenn es auch nach dem Wortlaute des Gesetzes als zweifelhaft erachtet werden könnte, ob der erwähnte Fall als inbegriffen zu erachten sei, so kann dieses doch im Hinblicke auf die Entstehungsgeschichte des Artikels keinem Bedenken unterworfen sein[11]). Denn die Protokolle ergeben, daß mit Rücksicht auf das Interesse, welches der Handelsstand an der Erhaltung der alten Firmen hat, bei der ersten Lesung (salva redactione) ein Artikel des Inhaltes angenommen wurde:

> Wenn ein bestehendes Handelsgeschäft sich in Folge Ein- oder Austrittes eines Gesellschafters ändert, so kann die ursprüngliche Firma trotz der erfolgten Aenderung fortgeführt werden[12]).

Der auf diese Beschlüsse hin von der Redaktionskommission entworfene Artikel 26 des I. E. erhielt in der zweiten Lesung nur eine redaktionelle Aenderung, ohne daß man materiell daran Etwas umgestalten wollte, und da somit die jetzige Fassung materiell nichts Anderes sagen soll, als was der oben citirte Beschluß sagte, in diesem aber jede Aenderung des Gesellschaftsbestandes begriffen war, so muß auch der obige Fall des Uebrigbleibens nur eines der Mitgesellschafter unter den Artikel subsumirt werden.

Die Motive, welchen Art. 22 und 26 ihren Ursprung verdanken, passen ohnehin ebenso auf diesen Fall, wie auf alle übrigen, und nachdem dann, wenn ein Einzelgeschäft durch Hinzutritt von Anderen zum Gesellschaftsgeschäfte wird, die Einzelfirma beibehalten werden kann, muß wohl auch der umgekehrte Fall in gleicher Weise behandelt werden.

---

9) Daß solches mit der Zustimmung aller Austretenden jedenfalls geschehen könne, ist aus Art. 22 ersichtlich, denn schlimmer als ein dritter Erwerber kann der das Geschäft übernehmende Mitgesellschafter nicht gestellt sein.

10) Wenn sämmtliche Gesellschafter das Geschäft an einen Dritten veräußern, so findet Art. 22 Anwendung.

11) Ebenso Hahn, Kommentar § 2 und ein Erk. des Handelsapp.-Ger. zu Nürnberg (Sammlung handelsr. Entsch. Bd. 1 S. 177.)

12) Prot. S. 41.

5) Ursprüngliche Firma.

Es bezieht sich dieser Ausdruck auf die Bestimmung des Art. 22; wie dort schon erörtert wurde, darf eine Aenderung der Firma nicht eintreten[13]).

Hier ist die Nothwendigkeit eines solchen Verbotes noch augenfälliger; es würde sonst z. B., wenn das Gesellschaftsgeschäft „Mayer, Fischer & Cpie." auf Fischer allein überginge, dieser „Fischer & Cpie." firmiren können, so daß die Erlaubniß der austretenden Gesellschafter nicht eine sie allerdings interessirende Fortführung ihres eigenen Namens wäre, sondern geradezu nur die Dispensation von der Vorschrift des Art. 16 Abs. 2 enthielte.

Dagegen wird auch hier die Beifügung eines das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatzes nicht als ausgeschlossen erachtet werden können.

6) Es ist in der Natur der Sache begründet, daß die Beibehaltung der bisherigen Firma nur mit Einwilligung der Inhaber geschehen kann. In den Fällen des Hinzutrittes eines weiteren Inhabers ergibt sich diese Einwilligung schon aus der Gestattung des Hinzutrittes ohne Anmeldung einer Aenderung der Firma. Wenn daher Benno Fischer in das bisherige Geschäft „Gebrüder Mayer" eintritt, sich als eingetretener Gesellschafter anmeldet und weiter Nichts erklärt wird, so wird die Firma „Gebrüder Mayer" mit Recht fortgeführt; eine ausdrückliche Zustimmungserklärung des Fischer ist ebenso wenig nothwendig, als eine Erklärung der bisherigen Inhaber, daß ihre Firma unverändert bleiben soll.

Anders beim Austritte eines der bisherigen Inhaber; hier bedarf es einer ausdrücklichen Erklärung, da die Anmeldung des Austrittes ohne Antrag auf Firmenänderung noch nicht als eine konkludente Handlung angesehen werden kann.

Wenn also aus der Gesellschaft: „Mayer, Müller & Cpie." der Kompagnon Müller austritt, so können sich die übrigen Gesellschafter zum Nachweise ihrer Berechtigung, die bisherige Firma fortzuführen, nicht darauf berufen, daß Müller bei Anmeldung seines Austrittes eine Aenderung der Firma nicht begehrt habe, sondern sie müssen eine ausdrücklich erklärte Einwilligung zur Fortführung seines Namens in der Firma beibringen[14]). Selbstverständlich kann aber ein Widerspruchsrecht dann nicht bestehen, wenn der Name des Austretenden in der Firma nicht erwähnt ist; denn in diesem Falle hat derselbe kein rechtliches Interesse an der Aenderung[15]). Wenn Mayer, Müller und Fischer die Gesellschaft „Mayer & Cpie." gebildet haben, und Müller nun auch austritt, so ist die Firma doch nach Art. 17 Abs. 1 noch immer korrekt[16]).

Es frägt sich nun, wie es sich verhält, wenn die Firma nicht blos aus Namen von Gesellschaftern besteht, was dann, wenn die Gesellschaft ein schon länger bestehendes Geschäft sammt Firma übernommen hat, vorkommen kann. Daß der austretende Gesellschafter die Fortführung der Firma nicht verbieten kann, wenn sein Name nicht mit in derselben enthalten ist, kann nicht bestritten werden. Wenn

---

13) Vgl. Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 34 S. 567; Puchelt Anm. 4.

14) Darüber, was das Gesetz zur Annahme einer ausdrücklichen Einwilligung verlangt, siehe die Bemerkungen Ziff. 6 zu Art. 22.

15) Vgl. Prot. S. 41; Puchelt Anm. 2; Urth. des RG., abgedruckt in der Beilage zum Reichsanzeiger 1891 S. 456.

16) Dagegen ist es ohne Einwilligung des Austretenden auch nicht zulässig, die bisherige, den Namen des Austretenden enthaltende Firma mit einem Zusatze beizubehalten. Vgl. RG. Bd. 5 S. 110.

also Mayer, Müller und Huber firmiren „Angelo Duro & Cpie." oder „Moro Vater, Mayer und Huber", so kann der aus der Gesellschaft tretende Müller die Fortführung der bisherigen Firma nicht hindern. Dagegen ist bestritten, ob, wenn neben dem Namen des austretenden Gesellschafters ein solcher fremder Name steht, das Verbot des Austretenden nur die Weglassung seines Namens in der Firma, oder die Beseitigung der ganzen Firma bewirkt. Gesetzt den Fall: Anton und Josef Mayer, die Inhaber des alten Bankhauses „Salico's Söhne", associiren sich mit ihrem Schwager Bernini und firmiren fortan: „Salico Söhne & Bernini"; es entstehen Differenzen und Bernini tritt aus; daß ihm hier die Befugniß zusteht, die Weglassung seines Namens aus der Firma zu begehren, ist klar; daß ihm aber auch das Recht zustehen sollte, die Fortführung der Firma „Salico Söhne" zu verbieten und er die Mitgesellschafter zwingen kann, mit dem Namen „Mayer" zu firmiren, ist nicht anzunehmen [17]).

Art. 25.

Wenn die Firma geändert wird oder erlischt, oder wenn die Inhaber der Firma sich ändern, so ist dies nach den Bestimmungen des Art. 19 bei dem Handelsgerichte anzumelden.

Ist die Aenderung oder das Erlöschen nicht in das Handelsregister eingetragen und öffentlich bekannt gemacht, so kann derjenige, bei welchem jene Thatsachen eingetreten sind, dieselben einem Dritten nur insofern entgegensetzen, als er beweist, daß sie dem letzteren bekannt waren.

Ist die Eintragung und Bekanntmachung geschehen, so muß ein Dritter die Aenderung oder das Erlöschen gegen sich gelten lassen, sofern nicht die Umstände die Annahme begründen, daß er diese Thatsachen weder gekannt habe, noch habe kennen müssen.

Pr. E. I. E. Art. 27. II. E. Art. 24. Prot. S. 922, 925 ff.

1) Wenn das Handelsregister, wie es die Absicht des Gesetzes ist, den Stand der firmenberechtigten Kaufleute allgemein darlegen und Jedermann ermöglichen soll, sich über die einzelnen Handeltreibenden Kenntniß zu verschaffen, so muß nicht nur, wie Art. 19 vorschreibt, jeder neu sich etablirende Kaufmann seine Firma eintragen lassen, sondern es müssen auch alle Veränderungen der Einträge sorgfältig vorgemerkt werden.

Als Veränderung an dem Firma-Eintrag erscheint vor Allem die Aenderung der Firma selbst, z. B. Andreas Mayer will fortan „A. Mayer" fir-

17) v. Hahn stützt (§ 3) die entgegengesetzte Ansicht auf Prot. S. 922. Es kann aus dieser Stelle aber eine solche tiefgreifende Ausnahmebestimmung nicht als deutlich ausgesprochener Wille des Gesetzgebers konstatirt werden. Gleicher Meinung mit v. Hahn sind Makower und Puchelt; dagegen stimmen der hier vorgetragenen Ansicht Staub und Keyßner zu.

miren oder es soll der bisherigen Firma ein Zusatz beigefügt werden, z. B. die bisher unter der Firma A. Mayer ihr Geschäft betreibende Wittwe des Andreas Mayer will firmiren „A. Mayer sel. Wittwe". Hier ist natürlich die Bestimmung in Anwendung zu bringen, daß identische Firmen nicht zulässig sind und kann daher der Eintrag nicht stattfinden, wenn die beabsichtigte Firma schon von einem anderen geführt wird.

Der zweite Fall ist die Aenderung der Firmeninhaberschaft; z. B. Andreas Mayer verkauft sein Geschäft mit Firma an Bartholomäus Fischer; Caroline Huber verehelicht sich mit David Müller und bringt ihm das bisher unter ihrem Namen betriebene und unter demselben fortzubetreibende Geschäft zu; oder in die Gesellschaft A & Comp. tritt zu dem B auch noch C als Kompagnon ein.

Eine Aenderung der Firmeninhaberschaft liegt auch dann vor, wenn bei Verpachtung eines Handelsgeschäftes der Gebrauch der Firma dem Pächter auf gewisse Zeit überlassen wird, also der Pächter für die Dauer der Pacht Inhaber der Firma sein soll. Auch ist zur Anwendbarkeit des Art. 25 nicht eine ausdrückliche Bewilligung des Firmagebrauchs erforderlich, es genügt vielmehr hier, wo es sich um den Schutz gutgläubiger Dritter handelt, abweichend von der Bestimmung im Art. 22, eine stillschweigende Ermächtigung in der Art, daß der Inhaber der Firma die Fortführung des Geschäftes unter seiner Firma duldet[1]).

Zuweilen wird die Aenderung der Firma mit der Aenderung des Inhabers zusammentreffen; z. B. Andreas Mayer associirt sich mit Bartholomäus Fischer und fügt seiner Firma den Beisatz zu: „& Co.".

Der dritte Fall ist das einfache Erlöschen der Firma, und zwar einerlei, ob der bisherige Inhaber sein Geschäft lediglich aufgibt oder ob er dasselbe einem Anderen überträgt, ohne demselben die Fortführung der bisherigen Firma zu gestatten.

Die Firma ist aber — abgesehen von dem Falle der Veräußerung des Geschäftes ohne Bewilligung der Fortführung der Firma — erst dann erloschen, wenn der Geschäftsbetrieb endgültig aufgegeben, nicht nur vorübergehend eingestellt ist[2]). Auch liegt in der Verlegung der Hauptniederlassung an einen anderen Ort, um dort das Geschäft unter derselben Firma fortzuführen, kein Erlöschen der Firma[3]).

2) Alle bisher berührten Thatsachen müssen dem Handelsgerichte in der in Art. 19 vorgeschriebenen Weise angemeldet werden. Allein außerdem sind bei Aenderung der Inhaberschaft der Firma noch die Art. 22 und 24 zu beachten, was sich, obwohl im Art. 25 nicht erwähnt, doch von selbst versteht.

Wenn A. Mayer Inhaber des bisherigen Bankgeschäftes „Gebrüder Fischer" wird, genügt es nicht, daß er solches anmeldet und seine Unterschrift persönlich abgibt, sondern er muß den Uebergang des Geschäftes auf ihn darthun und die

---

1) Dagegen ist die bloße Thatsache, daß irgend eine Person im Namen einer Firma Geschäfte abgeschlossen hat, nicht ausreichend, um den Inhaber der Firma haftbar zu machen. Vgl. ROHG. Bd. 21 S. 305.

2) Vgl. Puchelt Anm. 1; Staub § 1. Ueber die Frage, ob nach Beendigung der Liquidation einer Aktiengesellschaft das Erlöschen der Firma auf Antrag der Liquidatoren einzutragen sei, siehe Staub a. a. O. (gegen Kammergericht bei Johow und Küntzel Bd. 3 S. 24, Bd. 5 S. 34).

3) Vgl. RG. Bd. 20 S. 167.

persönliche oder beglaubigte Erklärung der Gebrüder Fischer wegen Fortführung der bisherigen Firma beibringen.

In allen diesen Beziehungen sind die Formvorschriften, wie sie bei Art. 19 näher erörtert sind, zu beobachten.

3) Ueber die Folgen der Unterlassung einer solchen Eintragung ist in der Einleitung zum II. Titel gesprochen worden; ebenso ist daselbst näher dargelegt, wie sich die Beweislast in den Fällen regelt, in welchen behauptet wird, daß ungeachtet des Nichteintrages die Aenderung oder Erlöschung der Firma dem Dritten bekannt war, und andererseits dann, wenn der Dritte vorschützt, den Eintrag nicht gekannt zu haben[4]).

Art. 26.

Das Handelsgericht hat die Betheiligten zur Befolgung der Vorschriften der Art. 19, 21 und 25 von Amtswegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

In gleicher Weise hat es gegen diejenigen einzuschreiten, welche sich einer nach den Vorschriften dieses Titels ihnen nicht zustehenden Firma bedienen.

Pr. E. Art. 28 Abs. 1. I. E. Art. 21 Abs. 2. II. E. Art. 25. Prot. S. 32 ff., 42 ff., 916 ff.

1) Ueber die Höhe und die Art der zu verhängenden Ordnungsstrafen, sowie über das einzuhaltende Verfahren enthält das Gesetz keine Bestimmung; es sind daher die Vorschriften der Landesgesetzgebung maßgebend[1]).

2) Das Gesetzbuch ordnet ein Doppeltes an, ein Gebieten, wenn dasjenige nicht geschehen ist, was das Gesetz fordert und ein Verbieten, wenn dasjenige geschehen ist, was das Gesetz nicht zuläßt. Das Erste findet statt in den Fällen des Abs. 1 des obigen Artikels, das zweite im Falle des Abs. 2.

Daraus folgt, daß, wie das Handelsgericht demjenigen, welcher eine ihm nicht zustehende Firma führt, nicht gebieten kann, sich die Befugniß zur Führung dieser Firma zu erwerben, so auch demjenigen, welcher eine an sich ihm zustehende Firma führt, der aber den Vorschriften über Eintragung derselben nicht nachgekommen ist, der Gebrauch derselben nicht verboten werden kann; daß es vielmehr lediglich die Pflicht des Gerichtes ist, die Beobachtung der Formvorschriften des Handelsgesetzbuches zu erzielen, und deshalb heißt es: das Handelsgericht hat die Betheiligten zur Befolgung der Vorschriften der Art. 19, 21 und 25 anzuhalten.

So wird beispielshalber gewiß kein Gericht, wenn es Anzeige erhält, A habe

---

4) Die im Art. 25 aufgestellten Präsumtionen sind durch die CPO. nicht beseitigt worden; vgl. § 13, § 16 Nr. 1 des Einführ.-Ges. z. CPO.

1) Siehe die Bemerkungen unter Nr. 2 Ziff. I Abs. III zu Art. 12; vgl. Puchelt Note 2 zu Art. 26.

den B als Prokuristen bestellt, demselben aufgeben, entweder die Prokura zurückzunehmen oder die Eintragung zu bewirken, sondern nur das Letztere anordnen[2]).

Bei Nichtanmeldung der Firma dagegen verfügen manche Gerichte in dieser alternativen Weise. Allein wenn Andreas Mayer gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt, muß er sich mit einer Firma eintragen lassen; er könnte mit dem Einwande nicht gehört werden (der ohnehin praktisch nur eine leere Ausrede bleiben würde), daß er fortan den Geschäftsbetrieb unterlassen werde. Das Gericht muß ihn zum Eintrage anhalten; selbstverständlich kann er sein Geschäft alsdann aufgeben und sofort als aufgegeben abmelden. Hierin kann keine polizeiliche Einmischung gefunden werden, der kaufmännischen Welt nützt das Handelsregister nur dann, wenn es exakt ist.

3) Zu den Betheiligten gehört namentlich der Inhaber der Firma und zwar im Falle der Veräußerung sowohl der bisherige Inhaber, als auch der Erwerber; ferner, wenn die Firma durch den Tod des Inhabers erlischt, der Erbe; wenn eine Aktiengesellschaft erlischt, haben die Liquidatoren dies anzumelden, widrigenfalls gegen sie mit Ordnungsstrafen einzuschreiten ist[3]).

4) Die im Abs. 2 erwähnten Zuwiderhandlungen sind: wenn sich ein Einzelkaufmann einer anderen Firma bedient, als seines bürgerlichen Namens (Art. 16 Abs. 1) oder diesem Namen nicht einen ihn von anderen gleichen Firmen unterscheidenden Zusatz beifügt (Art. 20 Abs. 2); wenn ein Einzelkaufmann, insbesondere ein nur mit einem stillen Gesellschafter verbündeter Kaufmann (Art. 251 Abs. 2) seinem Namen einen, ein Gesellschaftsverhältniß andeutenden oder sonst unzulässigen, Zusatz beifügt (Art 16 Abs. 2); wenn eine offene Gesellschaft in ihrer Firma das Gesellschaftsverhältniß nicht andeutet, oder wenn sich eine offene oder Kommandit-Gesellschaft als Aktiengesellschaft bezeichnet, oder in der Gesellschaftsfirma andere Namen als die der Gesellschafter erscheinen[4]) (Art. 17, 29 Abs. 2); wenn der Nachfolger der Firma zu deren Fortführung nicht die vorgeschriebene Erlaubniß besitzt (Art. 22), oder wenn Jemand eine Firma fortführt, ohne das Geschäft miterworben zu haben (Art. 23). Es versteht sich von selbst, daß es nicht darauf ankommt, ob derjenige, der auf Bestrafung anträgt, oder ob die Firma, wegen deren ungerechtfertigten Gebrauches eingeschritten wird, selbst im Register eingetragen ist oder nicht; vielmehr wird nur entsprechenden Falles auch derjenige gestraft werden müssen, dessen Namen mißbraucht wurde. Z. B. der Kaufmann Anton Mayer bedient sich der Firma Aaron Schultes. Ist dieser kein Kaufmann, so ist ohnehin die Sache klar; betreibt aber Aaron Schultes selbst Handelsgeschäfte gewerbemäßig unter seinem Namen, hat jedoch die Eintragung

---

2) In Bayern lautet Art. 10 des Einf.-Ges. ohnehin ausdrücklich dahin, ebenso in Preußen, Einf.-Ges. Art. 5.

3) Vgl. Puchelt Anm. 1a; Staub § 1 zu Art. 25 gegen Kammergericht bei Johow und Küntzel Bd. 3 S. 24 und Bd. 5 S. 34. Bezüglich der Gesellschaftsfirmen s. auch Art. 89, 154, 155 Abs. I, 249g.

4) In Art. 17 Abs. 3 ist verboten, daß die Namen nicht persönlich haftender Gesellschafter in die Gesellschaftsfirma aufgenommen werden; wenn dies hinsichtlich eines Kommanditisten oder stillen Gesellschafters geschieht, so tritt nicht blos gegen den Einen eine Bestrafung nach Art. 26 ein, sondern der Kommanditist und stille Gesellschafter haften auch nach Art. 168 und 257 als persönliche Gesellschafter.

unterlassen, so werden beide bestraft. Selbst wenn Aaron Schultes unter der Firma Anton Mayer sein Handelsgewerbe ausüben würde, könnte nicht etwa Kompensation eintreten, sondern das Gericht müßte die Rektifikation unter Bestrafung vornehmen.

5) Der Registerrichter hat die im Art. 26 vorgesehenen Befugnisse kraft öffentlichen Rechtes; der Einzelne kann zwar in Anregung bringen, daß die Voraussetzungen zum Einschreiten für den Richter gegeben seien; einen privatrechtlichen Anspruch darauf, daß der Richter von seiner Befugniß auch wirklich Gebrauch mache, hat der Einzelne nicht[5]). Den Schutz des Privatrechtes hat Art. 27 im Auge.

6) Wenn ein Betheiligter selbst auf Grund des Art. 27 sein vermeintliches Recht klageweise geltend gemacht hat, kann während des Rechtsstreites der Registerrichter ihn nicht durch Ordnungsstrafen zwingen, durch eine Erklärung zum Handelsregister sich mit seinem Anspruche in Widerspruch zu setzen[6]). Wenn also z. B. Karl Odenburg unter der Firma Rudolf Zaungräber in Regensburg ein Geschäft betreibt und der Kaufmann Rudolf Zaungräber gebraucht beim Betriebe eines später gleichfalls in Regensburg etablirten Geschäftes seinen Familiennamen als Firma, so hat der Registerrichter den Letztgenannten allerdings unter Anordnung einer Ordnungsstrafe anzuhalten, seinem Familiennamen einen Zusatz beizufügen, durch welchen sich seine Firma von der des Karl Odenburg deutlich unterscheidet (Art. 20 Abs. II). Wenn aber Rudolf Zaungräber gegen Karl Odenburg Klage erhoben hat mit der Behauptung, dieser führe mit Unrecht die von seinem Familiennamen abweichende Firma, weil ein rechtswirksamer Erwerb der Firma gemäß Art. 22 nicht stattgefunden habe, so ruht während des Prozesses die Durchführung des Zwangsrechtes.

7) Für den Fall des Erlöschens einer in das Handelsregister eingetragenen Firma bestimmt das Gesetz vom 30. März 1888 (RGBl. S. 129), daß, wenn die Anmeldung dieser Thatsache durch die hiezu Verpflichteten nicht in Gemäßheit des Art. 26 herbeigeführt werden könne, das Gericht das Erlöschen der Firma von Amtswegen in das Handelsregister einzutragen habe[7]). Im Falle der Löschung einer Firma hat das Gericht zugleich das Erlöschen der für die erloschene Firma eingetragenen Prokuren von Amtswegen in das Handelsregister einzutragen[8]).

Art. 27.

Wer durch den unbefugten Gebrauch einer Firma in seinen Rechten verletzt ist, kann den Unberechtigten auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma und auf Schadensersatz belangen.

---

5) RG. Bd. 22 S. 59.
6) ROHG. Bd. 10 S. 437.
7) § 1 des alleg. Ges.; nähere Ausführungsvorschriften enthält § 2 das.
8) § 3 des alleg. Ges.

Ueber das Vorhandensein und die Höhe des Schadens entscheidet das Handelsgericht nach seinem freien Ermessen.

Das Handelsgericht kann die Veröffentlichung des Erkenntnisses auf Kosten des Verurtheilten verordnen.

Pr. E. Art. 28. I. E. Art. 28. II. E. Art. 26. Prot. S. 42, 923.

1) Während Art. 26 dem Richter die Befugniß zum Einschreiten von Amtswegen und auf Grund öffentlichen Rechtes verleiht (Bem. 5 zu Art. 26), sichert Art. 27 den privatrechtlichen Schutz gegen unbefugten Gebrauch einer Firma.

Aus den allgemeinen Grundsätzen über die Haftung aus unerlaubten Handlungen ergibt sich, daß derjenige, welcher in seinen Rechten durch unbefugten Gebrauch einer Firma verletzt wird, Schadensersatz beanspruchen kann. Es ist hiebei einerlei, ob der Gebrauch als ein blos thatsächlicher, oder ob er als ein rechtlich angemaßter erscheint; der Artikel 27 findet daher Anwendung, gleichviel ob Jemand eine unberechtigte im Handelsregister eingetragene Firma führt, oder ob die Eintragung nicht stattgefunden hat und die Firma faktisch benützt wird. Der Gebrauch einer Firma besteht zunächst allerdings in der Anwendung der Firma bei Abschluß eines Handelsgeschäftes oder Abgabe einer Unterschrift[1]). Allein es erschöpft sich der Begriff des Gebrauchs einer Firma nicht in diesen Anwendungsformen[2]), vielmehr liegt ein solcher Gebrauch immer dann vor, wenn Jemand in seiner Eigenschaft als Kaufmann dem Publikum unter einer Firma entgegentritt und demselben zu erkennen gibt, daß er unter dieser Firma sein Geschäft betreibe. In der Praxis wurde als Gebrauch einer Firma angesehen das Betreiben eines Handelsgewerbes in einem Lokale, über welchem eine Firmenüberschrift angebracht ist[3]), das Geriren als Vertreter einer Firma[4]), das Anbringen der Firma auf Formularen für Empfehlungskarten, Briefen, Rechnungen, Memoranden für Geschäftsfreunde, sollte auch die richtige Firma unterzeichnet sein, ferner die Anwendung der Firma bei Zeitungsinseraten, Geschäftsanzeigen, Preislisten u. dgl.[5]); die Anmeldung der Firma zum Handelsregister[6]). Dagegen ist in der Bezeichnung von Waaren mit der Firma eines Anderen bezw. in der Verwendung von Etiquetten, welche auf eine solche Firma lauten, ein Gebrauch derselben nicht zu erblicken[7]); denn wenn der Fabrikant, welcher Waaren unter der falschen Etiquette in den Handel bringt, sich der Firma nicht auch beim Abschlusse der Geschäfte selbst oder in der Ankündigung der Waaren oder sonst dem Publikum gegenüber bedient (s. o.), so mißbraucht er nicht die Firma, d. h. den

---

1) Von dieser Art der Anwendung ist in den Protokollen S. 924 ausdrücklich die Rede, jedoch mit dem bemerkenswerthen Zusatze „und dergleichen".

2) Anders die erste Auflage; vgl. aber v. Völderndorff in Endemann's Hdb. Bd. 1 S. 204.

3) ROHG. Bd. 14 S. 184, RG. Bd. 5 S. 111 (vgl. aber auch bayer. Samml. Bd. 3 S. 188 bez. des Zusatzes „vormals N. N.").

4) ROHG. Bd. 21 S. 221.

5) RG. Bd. 5 S. 111, Bd. 19 S. 21, Bd. 29 S. 61.

6) RG. Bd. 22 S. 58, Bd. 25 S. 2.

7) Vgl. ROHG. Bd. 1 S. 132, Bd. 4 S. 253, Bd. 6 S. 249, RG. Bd. 3 S. 165. A. M. Busch Archiv Bd. 27 S. 454, Staub § 1.

Namen, unter welchem der betreffende Kaufmann Handel treibt, denn er versendet die Waaren nicht unter fremdem, sondern unter seinem Namen; der Empfänger weiß, daß die einen unwahren Namen tragende Waare nicht von der genannten Firma, sondern von einem Anderen herrührt; es wird dadurch die bezeichnete Firma weder berechtigt noch verpflichtet, sondern wie die Bezeichnung der Waare nur den Zweck hat, deren Herkunft von der genannten Fabrik zu bekunden, so liegt in dem Nachahmen der Bezeichnung nicht ein Mißbrauch der Firma, sondern zunächst eine Täuschung der Konsumenten über den Ursprung der Waare[8]).

Gegen die widerrechtliche Bezeichnung von Waaren oder deren Verpackung mit der Firma eines Anderen ist übrigens der Inhaber der Firma durch §§ 13, 14, 15 des Markenschutzgesetzes vom 30. November 1874 civil- und strafrechtlich geschützt[9]).

2) Der Gebrauch der Firma muß ein unbefugter sein. Wenn Jemand das Recht hat, eine bestimmte Firma zu führen, so kann der Umstand, daß der Gebrauch dieses Rechtes einem Anderen Schaden verursacht, diesem einen rechtlichen Anspruch auf Ersatz oder auf Untersagung der weiteren Führung der Firma nicht gewähren[10]).

Wenn also z. B. Jemand unter der Firma „Karl Schwartz“ in einem Dorfe bei Nürnberg ein großes Geschäft durch Nürnberger Kommissionshäuser in die Levante betreiben würde, eine zur Führung des Namens Karl Schwartz berechtigte Person würde aber in einem anderen Dorfe bei Nürnberg unter derselben Firma das gleiche Geschäft etabliren und ließe seine Produkte ebenfalls von Nürnberg ausgehen, und die entfernten Abnehmer hielten beide Fabrikate für gleichen Ursprungs und der Inhaber der früheren Firma litte Schaden hiedurch, so könnte dennoch Artikel 27 keine Anwendung finden.

Als unbefugt ist nun aber jeder Gebrauch einer Firma zu erachten, welcher entweder durch das Gesetz oder durch gültige Privatbestimmung untersagt ist.

Unter die erste Alternative fällt es, wenn sich Jemand einer Firma bedient, die nicht sein eigener Name ist (Art. 16), ohne daß er sie nach Maßgabe der Art. 22 u. 23 zu führen berechtigt erscheint[11]), oder wenn Jemand eine ihm an sich zustehende Firma ohne Beobachtung der in Art. 20 gegebenen Vorschrift führt.

Die zweite Alternative umfaßt die Fälle, in welchen Jemand vertragsmäßig sich verpflichtet hat, eine bestimmte Firma zu führen oder eine bestimmte Firma nicht zu führen und jene, in denen etwa eine einseitige Willensbestimmung ein

---

8) Vgl. Handelsappellgerichtliche Entscheid. Bd. 2 S. 238 ff.

9) S. Note 28 der Einleitung zu diesem Titel; R.Ges. vom 12. Mai 1894 § 14, 17, 20.

10) Auch nicht unter der Voraussetzung einer unlauteren Konkurrenz — RG. Bd. 20 S. 75. („Die aus Art. 1392 ff. des Code civil von der französischen Rechtsprechung hergeleiteten Grundsätze von der concurrence déloyale haben im HGB. und im gemeinen Rechte keinen Boden.“) Ebenso RG. Bd. 29 S. 61. Vgl. über conc. dél. Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 20 S. 259, Bd. 26 S. 363 ff. Der unlauteren Konkurrenz kann nur dann, wenn die Voraussetzungen einer actio doli gegeben sind, wirksam begegnet werden. Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 38 S. 188. Einen anderen Standpunkt als das RG. vertritt Kohler, Markenschutzrecht, insbesondere S. 98 ff. Vgl. jetzt R.Ges. v. 12. Mai 1894 § 16.

11) Dem steht gleich, wenn eine Gesellschaft den Vorschriften der Art. 17 u. 18 zuwiderhandelt. Vgl. RG. Bd. 15 S. 128.

solches Verbot rechtlich in sich schließt[12]). Auch hier ist die Führung der verbotenen Firma oder die Führung einer anderen Firma als der gebotenen unbefugt.

Für den Anspruch auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma genügt es, wenn der Gebrauch der Firma ein objektiv unbefugter ist[13]). Dagegen wird man nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen für die Klage auf Schadensersatz ein Verschulden auf Seite Desjenigen, der die Firma unbefugt führt, voraussetzen müssen, so daß der gutgläubige Erwerb der Firma gegen den Schadensersatzanspruch schützt. Wenn also z. B. Cassian Cunzel von David Dener dessen Handelsgeschäft mit der Firma Florian Berger erworben hat und diese Firma in dem guten Glauben, daß David Dener zu deren Gebrauch befugt war, weiter führt, kann ihn der Träger des Namens Florian Berger, der seiner Zeit bei Veräußerung des nämlichen Geschäftes an David Dener die Firma nicht mit übertragen hat, zwar zur Unterlassung des ferneren Gebrauchs der Firma zwingen, nicht aber Schadensersatz von ihm verlangen[14]).

Ob der unbefugte Gebrauch der Firma im Inlande oder im Auslande erfolgte, macht keinen Unterschied[15]).

3) Eine weitere Voraussetzung für das Klagerecht ist, daß Derjenige, welcher es geltend macht, in seinen Rechten verletzt ist. Dieser Ausdruck ist im Hinblicke auf die beiden im Artikel festgesetzten Ansprüche auszulegen.

Wer ein Verbietungsrecht gegen die unbefugte Anmaßung besitzt, der braucht nicht darzuthun, daß ihn ein pekuniärer Schaden trifft, er kann auch ohne einen solchen auf Unterlassung der Fortführung der angemaßten Firma klagen. Ein Verbietungsrecht steht aber zunächst dem Kaufmanne zu, der selbst zur Führung der betr. Firma berechtigt ist[15a]); es hat jedoch der Inhaber einer Firma auf diese nur in dem Wortlaute, wie sie im Handelsregister eingetragen ist, nicht auch in der von ihm im Geschäftsverkehr angewendeten abweichenden Form einen Anspruch[16]). Neben dem Firmenrecht ist aber das Recht auf den Namen[17]) Gegen-

---

12) Z. B. Eduard Eber schenkt oder hinterläßt seinem Neffen Georg Götze sein Geschäft unter der Bestimmung, daß derselbe seinen eigenen Namen als Firma führen müsse. Ueber die Fälle, in denen das frühere Geschäft nur im Zusatze zur Firma erwähnt wird, vgl. die Erläuterungen zu Art. 20 u. 22.

13) Vgl. RG. Bd. 25 S. 5.

14) Uebereinstimmend Staub § 3; Puchelt Anm. 4; Cosack 2. Aufl. § 16 Nr. 7 lit. d. A. M. Behrend § 40 N. 55.

15) Bolze Bd. 9 Nr. 110; a. M. Staub § 3 lit. d.

15a) Das Verbietungsrecht des Firmenberechtigten wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Unbefugte sich des Namens in der Firma längere Zeit offen bedient hat, bevor der befugte Träger einen Geschäftsbetrieb unter seinem Namen als Firma begann. RG. Bd. 25 S. 2. Wohl aber wird es dadurch ausgeschlossen, daß der Inhaber einer noch bestehenden früher eingetragenen Firma in die Führung der später eingetragenen gleichlautenden Firma eingewilligt hat, obwohl letztere gegen Art. 20 verstößt. RG. Bd. 29 S. 66.

16) Vgl. ROHG. Bd. 4 S. 254. Nur dem Firmenberechtigten selbst steht der Anspruch zu; ein Agent der berechtigten Firma kann wegen Mißbrauchs derselben nicht aus eigener Person klagend auftreten; vgl. Busch Archiv Bd. 37 S. 186, ROHG. Bd. 21 S. 223.

17) Ueber das Recht am Namen entscheidet das bürgerliche Recht. Vgl. RG. Bd. 5 S. 171.

stand des Schutzes. Auch derjenige, welcher gar nicht beabsichtigt, seinen Namen als Firma zu gebrauchen, also auch der Nichtkaufmann hat ein Recht, zu verbieten, daß ein Unberechtigter seinen Namen als Firma gebrauche[18]). Wenn z. B. Benno Bayer Landgerichtssekretär ist, so thut ihm die Führung dieser Firma durch Anton Abel zur Zeit keinerlei Eintrag in vermögensrechtlicher Beziehung, allein er ist in seinem Rechte auf den eigenen Namen verletzt, und darin muß er geschützt werden. Dieses Recht bezieht sich insbesondere auf den Familiennamen, und es kommt daher nicht darauf an, ob Jemand unbefugt einen vollständigen fremden Namen oder nur einen ihm nicht zustehenden Familiennamen als Firma benützt[19]). Das Verbietungsrecht muß sich aber weder auf das Firmen-, noch auf das Namenrecht stützen; es besteht für Jeden, in dessen Rechtssphäre der Gebrauch der Firma eingreift, mag das verletzte Recht ein Vermögensrecht oder ein sonstiges Recht sein[20]).

Aber auch wer ein solches spezielles Verbietungsrecht nicht besitzt, kann das Recht des Art. 27 dann in Anspruch nehmen, wenn ihm das unbefugte Verhalten des Anderen Schaden zufügt.

Heinrich Herbst ist an sich in seinen Rechten nicht verletzt, wenn Anton Flur sich der Firma Benno Bayer bedient; wenn Cassian Cunzel, trotzdem er sein Geschäft mit Firma an David Dener verkauft hat, doch an demselben Orte ein neues Geschäft unter der früheren Firma etablirt, so kann der dritte unbetheiligte Johann Ibel an und für sich nicht sagen, daß er in seinem Rechte gekränkt sei.

Es lassen sich aber Verhältnisse denken, in welchen dem Heinrich Herbst und dem Johann Ibel durch die unbefugte Firmenführung ein wirklicher Schade zugefügt wird, und es unterliegt keinem Zweifel, daß sie in diesem Falle Abstellung der unbefugten Anmaßung und Schadensersatz fordern können[21]).

Die in Art. 27 festgesetzten Klagerechte gehen vom Verletzten auf dessen Erben über, sowie auf Denjenigen, welcher das Geschäft mit der Firma übernimmt[22]).

---

18) Vgl. ROHG. Bd. 4 S. 253, Bd. 6 S. 249.

19) Wenn z. B. Adam Müller die Firma Schulze annimmt, so ist jeder Schulze, er mag Adam oder Zacharias getauft sein, in seinem Rechte verletzt. Vgl. RG. Bd. 7 S. 280 und (gegen die abweichende Ansicht von v. Hahn) v. Völderndorff in Endemann's Hdb. Bd. 1 S. 203 Note 21.

20) So wurde der Schutz des Art. 27 gewährt gegen die Anwendung des Wortes „einzig" im Zusammenhang mit der Berufung auf ein Patent des Firmeninhabers, weil dieses Wort den Anschein erweckte, als ob nur der betr. Firmeninhaber ein Patent für sein Verfahren, den Tabak nikotinfrei zu machen, besitze, während auch das klägerische, die Entfernung des Nikotins bezweckende Verfahren patentirt war. (RG. Bd. 3 S. 166). Ferner wurde (RG. Bd. 22 S. 60) ausgesprochen, es genüge, wenn das ganze Verhalten darauf abziele, mittels unbefugten Gebrauchs einer Firma in das Absatzgebiet des Klägers, das sich Dieser in Bethätigung des Handelsbetriebs unter seiner Firma seit langen Jahren errungen, auf dem Wege der Irreleitung des Publikums einzugreifen. — Vgl. auch RG. Bd. 19 S. 21; ferner RG. Bd. 18 S. 140, woselbst einer offenen Handelsgesellschaft als solchen die Klage gegen den unbefugten Gebrauch des Namens eines Gesellschafters insoweit zugestanden ist, als es sich um ein spezielles vermögensrechtliches Interesse der Gesellschaft handelt.

21) Es versteht sich ohnehin von selbst, daß ohne Rücksicht auf verletzte Privatrechte oder erlittenen Schaden Jedermann das amtliche Einschreiten des Handelsgerichts nach Art. 26 veranlassen kann; s. aber Note 5 zu Art. 26.

22) Vgl. Busch Archiv Bd. 36 S. 200; v. Völderndorff a. a. O. S. 205.

4) Kann den Unberechtigten belangen.

Die Klage kann sich gegen Jeden richten, der eine Firma in dem oben (Nr. 1 und 2) entwickelten Sinne unbefugt gebraucht, unter Umständen auch gegen mehrere Personen, welche bei Anmaßung der Firma zusammenwirken[23]). Auf die Durchführung der Klage finden die civilprozessualen Grundsätze Anwendung[24]); zuständig ist das ordentliche Gericht und zwar insoweit nach dem Werthe des Streitgegenstandes der Anspruch vor das Landgericht gehört, die Kammer für Handelssachen[25]).

Das Gesetz gewährt einen Anspruch auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma und auf Schadensersatz (vgl. Bemerkungen unter Nr. 3). Ist die Firma im Handelsregister eingetragen, so geht die Klage auch auf Löschung des Eintrages im Register[26]).

5) Die Vorschrift des zweiten Absatzes, daß über das Vorhandensein und die Höhe des Schadens das Handelsgericht nach seinem freien Ermessen zu entscheiden habe, hat ihre Bedeutung verloren, da § 260 der CPO. allgemein bestimmt, daß darüber, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden belaufe, das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung entscheide.

6) Veröffentlichung des Erkenntnisses (Abs. III).

Im Interesse des Verletzten kann es liegen, daß das Publikum erfahre, der Verurtheilte habe sich die Firma unbefugt angemaßt. Es kann deshalb angeordnet werden, daß das ergangene Erkenntniß und zwar auf Kosten des Verurtheilten veröffentlicht werde. Hiezu bedarf es aber im Hinblicke auf § 279 CPO. eines Antrags des Klägers.

Diese Veröffentlichung wird jedenfalls in jenen Blättern zu erfolgen haben, welche nach Art. 14 zur Aufnahme derartiger Kundmachungen bestimmt sind. Doch muß es nach Lage der Sache dem Gerichte freistehen, der Veröffentlichung auch noch eine weitere Verbreitung zu geben.

---

23) Vgl. **RG.** Bd. 3 S. 120.
24) **RG.** Bd. 2 S. 223.
25) Gerichtsverfassungsgesetz § 101 Nr. 3 lit. b.
26) Vgl. Staub § 4, aber auch Puchelt Anm. 4.